

الاختيار

لتعليق المختار

تأليف
عبد الشهاب محمود بن محمد
الملك الملقب

٥-٣

وزارة الثقافة والعلوم



الاختصار لتعريض المختار

تأليف

عبد الله بن محمود بن مودود

الموصل الحنفى

وعليه تعليقات لفضيلة المرحوم

الشيخ محمود أبو دقيقة

من أكابر علماء الحنفية والمدرس بكلية أصول الدين سابقا

الجزء الثالث

دار الفكر العربى

مَنْ يُرِدِ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ
(حديث شريف)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الحوالة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الحوالة

وهي مشتقة من التحول بمعنى الانتقال ، يقال : تحول من المنزل إذا انتقل عنه ، ومنه تحويل الفراش . وفي الشرع : نقل الدين وتحويله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، ولهذا قلنا : إذا صحت الحوالة يرى المحيل لتحويله إلى ذمة المحال عليه ، لأن من المحال بقاء الشيء الواحد في محلين في زمان واحد ، وهو عقد مشروع ، قال صلى الله عليه وسلم « من أحيل على مئة فليبيع » أمر باتباعه ، ولولا الجواز لما أمر به ، حتى إن من العلماء من قال بوجوب الاتباع نظرا إلى ظاهر الحديث ، ونحن نقول : المراد منه الإباحة ، لأن تحول حقه إلى ذمة أخرى من غير اختياره ضرر به ، وإنما خصه عليه الصلاة والسلام بالملاء حكما للغالب ، لأن الغالب في الحوالات ذلك لأنه شرط الجواز ، ثم عند أبي يوسف الحوالة توجب براءة المحيل من الدين والمطالبة براءة مؤقتة إلى أن يتوى ما على المحال عليه ، حتى لو أبرأ المحال المحيل صح ، ولو لمحال الراهن المرتن بدينه استرد الرهن . وعند محمد توجب للبراءة من المطالبة دون الدين فلا يصح الإبراء ، ولا يسترد الراهن الرهن . لمحمد رحمه الله أن نقل الدين غير ممكن لأنه تملك المال وذلك لا يقبل النقل ، وموجبه المطالبة وهي تقبل النقل ، ولهذا لو أدى المحيل الدين أجبر المحال على قبوله . ولأبي يوسف رحمه الله أن الحوالة أضيفت إلى الدين ، ولو أضيفت إلى المطالبة لا تكون حوالة ، فوجب القول بتحويل الدين

وهي جائزة بالديون دون الأعيان ، وتصح برضا المحيل والمحال
والمحال عليه ، وإذا تمت الحوالة برئ (ز) المحيل حتى لو مات لا يأخذ
المحتال من تركته ، لكن يأخذ كفيلاً من الورثة أو من الغرماء مخافة
التوى ، ولا يرجع عليه المحتال إلا أن يموت المحال عليه مقلساً (سم) .
أو يحنده (ف) ولا يئنه عليه ، فإن طالب المحتال عليه المحيل فقال :
إنما أحلت يديني لي عليك لم يقبل ، وإن طالب المحيل المحتال بما
أحاله به فقال : إنما أحلتني يديني لي عليك لم يقبل .

لحقيقة الإضافة ، وإنما صح الأداء من المحيل لأنه ثبت له بالحالة براءة مؤقتة ، وبالأداء
ثبت له براءة مبدئية وأنه زيادة فائدة .

قال (وهي جائزة بالديون دون الأعيان) لما مر أنها تنبئ على التحول ، وإنما تحول
الديون دون الأعيان . قال (وتصح برضا المحيل والمحال عليه) أما المحيل فلأنه الأصل
في الحوالة ، ومنه توجد ، وذكر في الزيادات أن رضا المحيل ليس بشرط لأن المحال
عليه يتصرف في نفسه بالتزام الدين ولا ضرر على المحيل بل فيه نفعه ، لأنه لا يرجع عليه
إلا برضاه . وأما المحتال والمحال عليه ، فلتفاوت الناس في القضاء والاقتضاء ، فعمل المحتال
عليه أفسر وأفلس ، والمحال أشد اقتضاء ومطالبة ، فيشترط رضاها دفعا للضرر عنهما .
قال (وإذا تمت الحوالة برئ المحيل) لما مر . وقال زفر : لا يبرأ لأنها للاستيثاق فيق
الدين على المحيل كالكفالة . وجوابه مأمراً أنها من التحويل ، ولا بقاء مع التحويل على
ما بينا فيبرأ المحيل (حتى لو مات لا يأخذ المحتال من تركته ، لكن يأخذ كفيلاً من الورثة
أو من الغرماء مخافة التوى ، ولا يرجع عليه المحتال إلا أن يموت المحال عليه مقلساً أو يحنده
ولا يئنه عليه) لأنه عجز عن الوصول إلى حقه ، والمقصود من الحوالة سلامة حقه فكانت
مقيدة بالسلامة ، فإذا فانت السلامة انفسخت كالعيب في البيع . وعندهما يرجع بوجه
آخر أيضاً ، وهو أن يحكم الحاكم بإفلامه في حياته بناء على أن الإفلاس يتحقق عندهما
بقضاء القاضى وعنده لا . قال (فإن طالب المحتال عليه المحيل فقال : إنما أحلت يديني لي
عليك لم يقبل) وعليه مثل ما أحال لتحقيق السبب وهو قضاء دينه بأمره ، لكن المحيل يدعى
عليه ديناً وهو ينكر ، والقول قول المنكر ، والحوالة ليست إقراراً بالدين فإنها تكون بدونه
(وإن طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال : إنما أحلتني يديني لي عليك لم يقبل) لأن
المحتال يدعى عليه الدين وهو ينكر ، وفي الحوالة معنى الوكالة فيكون القول قوله .

كتاب الصلح

وَيَجُوزُ مَعَ الْإِقْرَارِ وَالسَّكُوتِ (ف) وَالْإِنْكَارِ (ف) ؛ فَإِنْ كَانَ عَنْ إِقْرَارٍ وَهُوَ بِمَالٍ عَنْ مَالٍ فَهُوَ كَالْبَيْعِ ، وَإِنْ كَانَ بِمَنَافِعٍ عَنْ مَالٍ فَهُوَ كَالِإِجَارَةِ فَإِنْ اسْتَحَقَّ فِيهِ بَعْضُ الْمَصَالِحِ عَنْهُ رَدَّ حِصَّتَهُ مِنَ الْعَوَضِ ، وَإِنْ اسْتَحَقَّ الْجَمِيعَ رَدَّ الْجَمِيعَ ، وَإِنْ اسْتَحَقَّ كُلَّ الْمَصَالِحِ عَلَيْهِ رَجَعَ بِكُلِّ الْمَصَالِحِ عَنْهُ ، وَفِي الْبَعْضِ بِحِصَّتِهِ . وَالصَّلْحُ عَنْ سَكُوتٍ أَوْ إِنْكَارٍ مُعَاوَضَةٌ فِي حَقِّ الْمُدَّعَى ، وَفِي حَقِّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ لِإِفْتِدَاءِ الْيَمِينِ ،

كتاب الصلح

وهو ضد الفساد ، يقال : صلح الشيء إذا زال عنه الفساد ، وصلح المريض إذا زال عنه المرض ، وهو فساد المزاج ، وصلح فلان في سيرته إذا أقلع عن الفساد . وفي الشرع : عقد يرتفع به التشاجر والتنازع بين الخصوم وهما منشأ الفساد ومثار الفتن ، وهو عقد مشروع منسوب إليه ، قال تعالى - فأصلحوا بينهما - وقال تعالى - والصلح خير - . وقال صلى الله عليه وسلم « كل صلح جائز بين المسلمين ، إلا صلحا حرم حلالا أو حلل حراما » وقال عمر رضي الله عنه : ردوا الخصوم كي يصطلحوا .

قال (ويجوز مع الإقرار والسكوت والإنكار) لإطلاق ما روينا من النصوص . قال أبو حنيفة رضي الله عنه : أجود ما يكون الصلح عن إنكار لأن الحاجة إلى جوازه أمس ، لأن الصلح لقطع المنازعات وإطفاء الثارات ، وهو في الصلح عن الإنكار أبلغ ، وللحاجة أثر في تجويز المعاهدات ، ففي إبطاله فتح باب المنازعات . قال (فإن كان عن إقرار وهو بمال عن مال فهو كالبيع) لوجود معنى البيع وهو مبادلة مال بمال بتراضي المتعاقدين والعبرة للمعاني ، فيثبت فيه خيار الرؤية والعيب والشرط والشفعة ، ويشترط القدرة على تسليم البدل ويفسده جهالة البدل لإفضائها إلى المنازعة ، ولا تفسده جهالة المصالح عنه لأنه إسقاط . قال (وإن كان بمنافع عن مال فهو كالإجارة) لوجود معنى الإجارة ، وهو تملك المنافع بمال حتى تبطل بموت أحدهما في المدة كما في صورة الإجارة (فإن استحق فيه بعض المصالح عنه ردت حصته من العوض ، وإن استحق الجميع ردت الجميع) لأنه مبادلة كالبيع وحكم البيع كذلك (وإن استحق كل المصالح عليه رجع بكل المصالح عنه وفي البعض بحصته) لأنه مبادلة لما مر . قال (والصلح عن سكوت أو إنكار معاوضة في حق المدعى) لأن من زعم أنه يأخذ عوضا عن ماله وأنه محق في دعواه (وفي حق المدعى عليه لافتداء اليمين)

وإن استحقَّ فيه المصالحُ عَليَّه رَجَعَ إلى الدَّعوى في كُلِّه وفي البَعْضِ بَقَدْرِهِ ، وإن استحقَّ المصالحُ عَنهُ رَدَّ العَوَضَ ، وإن استحقَّ بَعْضُهُ رَدَّ حَصَّتِهِ وَرَجَعَ بِالْخُصُومَةِ فِيهِ ، وهلاكُ البَدَلِ كاستحقاقِهِ في الفَصْلَيْنِ ، وَيَجُوزُ الصَّلْحُ عَنِ مَجْهُولٍ (ف) ، وَلَا يَجُوزُ إِلَّا عَلَى مَعْلُومٍ ، وَيَجُوزُ عَنِ جِنَايَةِ الْعَمْدِ وَالْخَطَأِ ،

لأن من زعمه أن لاحق عليه وأن المدعى مبطل في دعواه ، وإنما دفع المال لثلاث يحلف ولتقطع الخصومة (وإن استحقَّ فيه المصالح عليه رجع إلى الدعوى في كله وفي البعض بقدره) لأنه ما ترك الدعوى إلا ليسلم له المصالح عليه ، فإذا لم يسلم له رجع إلى دعواه لأنه البذل (وإن استحقَّ المصالح عنه رَدَّ العَوَضِ) ورجع بالخصومة (وإن استحقَّ بعضه رد حصته ورجع بالخصومة فيه) لأن المدعى عليه إنما بذل العوض ليدفع الخصومة عنه ، فإذا استحقَّت الدار ظهر أن لاختصومة فبطل غرضه فيرجع بالعوض ، وفي البعض خلا العوض عن بعض العوض فيرجع بقدره (وهلاك البذل) قبل التسليم (كاستحقاقه في الفصلين) قال (ويجوز الصلح عن مجهول) لأنه إسقاط (ولا يجوز إلا على معلوم) لأنه تمليك فيؤدَّى إلى المنازعة .

والصلح على أربعة أوجه : معلوم على معلوم . ومجهول على معلوم وهما جازان ، وقد مرَّ الوجه فيما . ومجهول على مجهول . ومعلوم على مجهول وهما فاسدان . فالخاصل أن كلَّ ما يحتاج إلى قبضه لابد أن يكون معلوماً لأن جهالته تفضي إلى المنازعة ، وما لا يحتاج إلى قبضه يكون إسقاطاً ولا يحتاج إلى علمه به لأنه لا يفضي إلى المنازعة ، ولو ادعى حقاً في دار لرجل ولم يسمه وادعى المدعى عليه حقاً في أرضه فاصطلحا على أن يدفع أحدهما مالا إلى الآخر لا يجوز ، وإن اصطلحا على أن يترك كل واحد منهما دعواه جاز ، لأنه لا يحتاج إلى التسليم وفي الأولى يحتاج إليه ، ولو ادعى داراً فصالحه على قدر معلوم منها جاز ويصير كأنه أخذ بعض حقه وأبرأه عن دعوى الباقي ، والبراءة عن العين وإن لم تصح لكن البراءة عن الدعوى تصح ، فصحيحناه على هذا الوجه قطعاً للمنازعة . قال (ويجوز) الصلح (عن جنابة العمد والخطأ) في النفس وما دونها لإطلاق النصوص ولقوله تعالى - فن عفى له من أخيه شيء - نزلت عقيب ذكر القصاص ، ومعناه : فن عفى له من دم أخيه شيء : أي ترك القصاص ورضى بالمال ، يدل عليه قوله تعالى - فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان - أي يتبع الطالب المطلوب بما صالحه عليه أو بالدية ولا يطلب أكثر من حقه ، ويؤدَّى المطلوب إلى الطالب ، ما وجب عليه من المال من غير مطالبة ، مروى ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما وغيره ، وهذا في العمد . وأما الخطأ فلا إن الواجب هو

ولا يجوز عن الجذود ، ولو ادعى على امرأة نكاحاً فجحدت ثم صالحتها على مال ليترك الدعوى جاز ، ولو صالحتها على مال لتقر له بالنكاح جاز ولو ادعت المرأة النكاح فصالحتها جاز ،

المال فأشبه سائر الديون ، إلا أنه لو صالح في العمد على أكثر من الدية جاز ، لأن الواجب القصاص وليس بمال ، وفي الخطأ لو صالح على أكثر من الدية لا يجوز لأن الواجب المال فالزيادة ربا ، وهذا إذا صالحه على نوع من أنواع الدية . أما إذا صالحه على نوع آخر كالخطة والشعير ونحوهما فإنه يجوز بالغة ما بلغت لأنها من خلاف الواجب فلا ربا ، وكل ما يصلح مهرا في النكاح يصلح بدلا في الصلح عن دم العمد ، ومالا فلا ، لأن كل واحد منها مبادلة المال بغير المال ، فإن صالحه على خر أو خنزير سقط القصاص ولا يجب شيء لأن المال ليس من ضرورات الصلح فلغا ذكر العوض فبقي عفو ، وفي الخطأ تجب الدية لأنه الموجب الأصلي فبقي فسد العوض فبقي فسد المسمى يرجع إلى مهر المثل لأنه موجب أصلي لا ينفك عنه النكاح إلا بتسمية غيره ، فإذا عدت التسمية أو فسدت رجعت إليه ، ولا كذلك العمد ، ولو صالحه بعفو عن دم على عفو عن دم آخر جاز كالخلع ، ولو قطعت يده فصالحتة على أن يتزوجها وقد برأت يده جاز ، لأنه صالحها على أرض وجب له عليها وسقط الأرض ، وإن مات منها لها مهر مثلها وعليها الدية في ثلاث سنين ، لأنه ظهر أن حقه في القتل فلم تصح التسمية ، ولو استحق العبد المصالح عليه رجعت بقيمته في العمد وبالدية في الخطأ وقد عرف وجهه ، ولو وجد عيبا بسرا ردة في الخطأ ولا يرد في العمد إلا بالفاحش فبرده ، ويأخذ قيمته ، لأن الصلح في الخطأ يحتمل الفسخ لوقوعه عن مال ، وفي العمد لا يحتمل الفسخ لأنه عن القصاص وقد سقط فلا سبيل إلى استرداده ف يرجع بقيمة العوض كالنكاح والخلع . قال (ولا يجوز عن الجذود) لأنها حق الله تعالى والمغلب في حد القذف حق الشرع عندنا ، ولا يجوز الاعتياض عن حق الغير ، ولهذا لا يجوز الصلح عما أشرعه إلى الطريق العام كالظلة والروشن ونحوهما لأنه حق العامة ، ولا يملك الاعتياض عن نصيبه لأنه غير متفيع به ، ولو صالحه الإمام في الظلة ونحوها جاز إذا رأى ذلك مصلحة للمسلمين ويضع بدله في بيت المال كما إذا باع شيئا من بيت المال . قال (ولو ادعى على امرأة نكاحاً فجحدت ثم صالحتة على مال ليترك الدعوى جاز) لأنه أمكن تصحيحه على وجه الخلع ويكون في حقها لدفع الخصومة ، ويحرم عليه ديانة إذا كان مبطلا (ولو صالحها على مال لتقر له بالنكاح جاز) ويحصل زيادة في المهر لأنها تزعم أنها زوجت نفسها منه ابتداء بالمسمى وهو يزعم أنه زاد في مهرها (ولو ادعت المرأة النكاح فصالحتها) على مال (جاز) وقيل لا يجوز ، وجه الجواز

وإن ادعى على شخص أنه عبده فصالحه على مال جاز ولا ولاء عليه .
 عبده بين رجلين أعتقه أحدهما وهو مؤبر فصالحه الآخر على أكثر
 من نصف قيمته لم يجوز ، ويجوز صلح المدعى المنكر على مال ليقر له
 بالعتق ، والقضولى إن صالح على مال وضمنه أو سلمه أو قال : على
 ألفي هذه صحت ، وإن قال : على ألف فلان يتوقف على إجازة المصالح
 عنه ، والصلح عما استحق بعقد المدبنة أخذ لبعض حقه وإسقاط
 الباقي وليس معاوضة ؛

جعله زيادة في المهر ، ووجه عدم الجواز وهو الأصح أنه إنما أعطاهما المال لترك
 الدعوى ، فإن تركها وكان فرقة فهو لا يعطى في الفرقة البدل ، وإن لم تترك الدعوى
 فما حصل لغرضه فلا يصح . قال (وإن ادعى على شخص أنه عبده فصالحه على مال جاز
 ولا ولاء عليه) لأنه أمكن تصحيحه بجملة في حق المدعى كالتق على مال ، وفي حق
 المدعى عليه لدفع الخصومة لأنه يزعم أنه حر ، الأصل فلهذا لم يكن عليه ولاء إنكاره ،
 فإن أقام المدعى بيته بعد ذلك أنه عبده لم تقبل ، لأن من زعمه أنه أعتقه على مال ، وأن
 العبد اشترى نفسه بهذا المال ، لكن ثبتت الولاء عملا بالبينة . قال (عبد بين رجلين أعتقه
 أحدهما وهو مؤبر فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته لم يجوز) الفضل لأن القيمة
 منصوص عليه ، قال صلى الله عليه وسلم « قوم عليه باقيه » فلا يجوز الزيادة عليه ، ولو
 صالحه على عوض جاز لعدم الجنسية فلا ريب . قال (ويجوز صلح المدعى المنكر على مال
 ليقر له بالعتق) وصورته : رجل ادعى على رجل عينا في يده فأنكره فصالحه على مال
 ليترف له بالعتق فانه يجوز ويكون في حق المنكر كالبيع ، وفي حق المدعى كالزيادة
 في الثمن . قال (والقضولى إن صالح على مال وضمنه أو سلمه ، أو قال : على ألفي هذه
 صحت) ولزمه تسليم المال ، ولا يرجع على المدعى عليه بشيء لأنه تبرع ، وإنما صحت
 الصلح لأنه أضافه إلى نفسه أو إلى ماله . والحاصل للمدعى عليه البراءة ، ولا ضرر عليه
 في ذلك فيصح ، وصار كالكفالة بغير أمر المديون (وإن قال : على ألف فلان يتوقف
 على إجازة المصالح عنه) إن أجازته جاز ولزمه الألف ، وإن لم يجوز بطل كالتخلع والنكاح
 وغيرها من تصرفات القضولى ، ولو قال : صالحتك على ألف وسكت قبل يتنقد ويجب
 عليه لأنه أضاف العقد إلى نفسه كقوله اشترت ؛ وقيل يتوقف على إجازة المدعى عليه لأن
 الإضافة لم تتحقق إليه ، لأن الفعل كما يقع لنفسه يقع لغيره ، وإنما يعتبر واقعا له إذا كان
 له فيه منفعة ، ولا منفعة له هنا وإنما المنفعة للمدعى عليه فاعتبر واقعا له ، بخلاف قوله
 صالحنى ، لأن الباء كناية عن المفعول فقد جعل نفسه مفعول الصلح فيقع له : قال (والصلح
 عما استحق بعقد المداينة أخذ لبعض حقه وإسقاط الباقي وليس معاوضة) لأنها لو اعتبر : إذ

فَإِنْ صَلَحَهُ عَلَى أَلْفٍ دِرْهَمٍ بِخَمْسِيَّةٍ ، أَوْ عَنْ أَلْفٍ جِيَادٍ بِخَمْسِيَّةٍ زَيْوْفٌ ، أَوْ عَنْ حَالَةٍ بِمِثْلِهَا مُؤَجَّلَةٌ جَازٌ ، وَكَتَوَ صَلَاحَهُ عَلَى دَنَانِيرٍ مُؤَجَّلَةٍ لَمْ يَحْزَرْ ، وَكَتَوَ صَلَاحَهُ عَنْ أَلْفٍ سُودٍ بِخَمْسِيَّةٍ بَيْضٍ لَا يَحْزُرُ ، وَكَتَوَ قَالَ لَهُ : أَدِّ إِلَى غَدَا خَمْسِيَّةً عَلَى أَنَّكَ بَرِيءٌ مِنْ خَمْسِيَّةٍ ، فَلَمْ يُوَدِّهَا إِلَيْهِ فَالْأَلْفُ بِحَالِهَا (س) .

معاوضة يكون ربا ، وتصحيح تصرفه واجب ما أمكن ، وقد أمكن بما ذكرناه من الطريق فيصار إليه (فَإِنْ صَلَحَهُ عَلَى أَلْفٍ دِرْهَمٍ بِخَمْسِيَّةٍ ، أَوْ عَنْ أَلْفٍ جِيَادٍ بِخَمْسِيَّةٍ زَيْوْفٌ ، أَوْ عَنْ حَالَةٍ بِمِثْلِهَا مُؤَجَّلَةٌ جَازٌ) فِي الْأَوَّلَى أَسْقَطَ بَعْضُ حَقِّهِ ، وَفِي الثَّانِيَةِ بَعْضُهُ وَالصَّفَةِ ، وَفِي الثَّلَاثَةِ تَعَذَّرَ جَمْلُهُ مَعَاوِضَةً النِّقْدِ بِالنِّسْبَةِ لِحُرْمَتِهِ فَحَمَلْنَاهُ عَلَى تَأْجِيلِ نَفْسِ الْحَقِّ وَكُلَّ ذَلِكَ حَقُّهُ فَلَهُ إِسْقَاطُهُ (وَلَوْ صَلَحَهُ عَلَى دَنَانِيرٍ مُؤَجَّلَةٍ لَمْ يَحْزَرْ) لِأَنَّهُ يَبِيعُ الدِّرَاهِمَ بِالدَّنَانِيرِ نِسْبَةً ، وَإِنَّهُ لَا يَحْزُرُ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ جِنْسِ الْحَقِّ الْمُسْتَحَقِّ لِيَكُونَ إِسْقَاطًا لِبَعْضِهِ وَتَأْجِيلًا لِبَعْضِهِ فَتَعَيَّنَ مَا ذَكَرْنَاهُ ، وَلَوْ صَلَحَهُ عَلَى أَلْفٍ مُؤَجَّلَةٍ بِخَمْسِيَّةٍ حَالَةٍ لَمْ يَحْزَرْ لِأَنَّهُ اعْتِيَاضٌ عَنِ الْأَجَلِ ، وَلَا يَحْزُرُ لِأَنَّ الْمُعْجَلَةَ خَيْرٌ مِنَ الْمُؤَجَّلَةِ ، فَيَكُونُ التَّعْجِيلُ بَازَاءً مَا حُطَّ عَنْهُ فَلَا يَصِحُّ . قَالَ (وَلَوْ صَلَحَهُ عَنْ أَلْفٍ سُودٍ بِخَمْسِيَّةٍ بَيْضٍ لَا يَحْزُرُ) لِأَنَّ الْبَيْضَ غَيْرَ مُسْتَحَقٍّ فَيَكُونُ مَعَاوِضَةً وَإِنَّهُ لَا يَحْزُرُ (وَلَوْ قَالَ لَهُ : أَدِّ إِلَى غَدَا خَمْسِيَّةً عَلَى أَنَّكَ بَرِيءٌ مِنْ خَمْسِيَّةٍ فَلَمْ يُوَدِّهَا إِلَيْهِ فَالْأَلْفُ بِحَالِهَا) وَقَالَ أَبُو يَوْسُفَ : سَقَطَ خَمْسِيَّةٌ ، وَأَجْمَعُوا أَنَّهُ لَوْ أَدَّى خَمْسِيَّةً غَدَا بَرِيءٌ ، لِأَنَّ يَوْسُفَ أَنَّهُ إِبْرَاءٌ مُطْلَقٌ لِأَنَّهُ جَعَلَ الْأَدَاءَ عَوْضًا عَنِ الْإِبْرَاءِ نَظَرًا إِلَى كَلِمَةِ عَلَى ، وَالْأَدَاءُ لَا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ عَوْضًا لَوْجُوبِهِ عَلَيْهِ فَصَارَ ذِكْرُهُ كَعَدَمِهِ . وَلَهُمَا أَنَّهُ إِبْرَاءٌ مُقَيَّدٌ بِشَرْطِ الْأَدَاءِ ، وَأَنَّهُ غَرَضٌ صَالِحٌ حُلًّا مِنْ إِفْلَاسِهِ أَوْ لِيَتَوَسَّلَ بِهَا إِلَى مَا هُوَ الْأَنْفَعُ مِنْ تِجَارَةٍ رَابِحَةٍ أَوْ قَضَاءِ دَيْنٍ أَوْ دَفْعِ حَبْسٍ ، فَإِذَا قَاتَ الشَّرْطَ بَطَلَ الْإِبْرَاءُ ، وَكَلِمَةُ عَلَى تَحْتَمِلُ الشَّرْطَ فَيَحْمِلُ عَلَيْهِ عِنْدَ تَعَذُّرِ الْمَعَاوِضَةِ تَصَحُّبُهَا كَلَامَهُ وَعَمَلًا بِالْعَرَفِ . وَلَوْ قَالَ : أَبْرَأْتُكَ مِنْ خَمْسِيَّةٍ مِنَ الْأَلْفِ عَلَى أَنْ تُعْطِيَنِي الْخَمْسِيَّةَ غَدَا صَحَّ الْإِبْرَاءُ . أُعْطِيَ الْخَمْسِيَّةَ أَوْ لَمْ يُعْطَ ، لِأَنَّهُ أَطْلَقَ الْإِبْرَاءَ وَوَقَعَ الشُّكُّ فِي تَعْلِيلِهِ بِالشَّرْطِ فَلَا يَتَّقِدُ ، بِخِلَافِ الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى لِأَنَّهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ لَا يَصْلُحُ عَوْضًا يَقَعُ مُطْلَقًا ، وَمِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَصْلُحُ شَرْطًا لَا يَقَعُ مُطْلَقًا فَلَا يَنْبَغُ الْإِطْلَاقُ بِالشُّكِّ . وَلَوْ قَالَ : أَدِّ إِلَى خَمْسِيَّةٍ عَلَى أَنَّكَ بَرِيءٌ مِنْ الْفُضْلِ وَلَمْ يَوْقِفْ فَهُوَ إِبْرَاءٌ مُطْلَقٌ ، لِأَنَّ الْأَدَاءَ وَاجِبٌ عَلَيْهِ فِي جَمِيعِ الْأَوْقَاتِ فَلَمْ يَصْلُحْ عَوْضًا فَلَمْ يَتَّقِدْ . وَلَوْ قَالَ : صَالِحْتُكَ مِنَ الْأَلْفِ عَلَى خَمْسِيَّةٍ تَدْفَعُهَا إِلَيَّ غَدَا وَأَنْتَ بَرِيءٌ مِنَ الْبَاقِي عَلَى أَنَّكَ إِنْ لَمْ تَدْفَعْهَا غَدَا فَالْأَلْفُ عَلَيْكَ فَهُوَ كَمَا قَالَ لِأَنَّهُ صَرَّحَ بِالتَّقِيدِ . وَلَوْ أَدَّى عَبْدًا فَصَالَحَهُ عَلَى خَلْتِهِ شَهْرًا لَمْ يَحْزَرْ ، وَعَلَى خَلْتِهِ شَهْرًا يَحْزُرُ ، لِأَنَّهَا مَعْلُومَةٌ

وَكُلُوْا صَالِحَ اَحَدِ الشَّرِيْكَيْنِ عَنْ نَصِيْبِهِ يَتَوَبَّ ، فَشَرِيْكُهُ اِنْ شَاءَ اَخَذَ مِنْهُ نِصْفَ التَّوْبِ اِلَّا اَنْ يَعْطِيَهُ رُبْعَ الدِّيْنِ ، وَاِنْ شَاءَ اتَّبَعَ الْمُدْيُونُ بِنِصْفِهِ ، وَلَا يَجُوْزُ صُلْحُ اَحَدِهِمَا فِي السَّلَمِ عَلَى اَخَذِ نَصِيْبِهِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . وَاِنْ صَالِحَ الْوَرَثَةِ بَعْضُهُمْ عَنْ نَصِيْبِهِ يَمْكُلُ اَعْطَوْهُ ، وَالْوَرَثَةُ عَرُوضٌ جَازٌ قَلِيْلًا اَعْطَوْهُ اَوْ كَثِيْرًا ، وَكَذَلِكَ اِنْ كَانَتْ اَحَدُ النَّقْدِيْنَ فَاَعْطَوْهُ خِلَافَهُ ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَتْ نَقْدَتَيْنِ فَاَعْطَوْهُ مِنْهُمَا ، وَلَوْ كَانَتْ نَقْدَتَيْنِ وَعَرُوضًا

والغلة مجهولة غير مقدورة التسليم ، لأنها لا يجب إلا بعد الإجارة والعمل . قال (ولو صالح أحد الشريكين عن نصيبه بثوب فشريكة إن شاء أخذ منه نصف الثوب) لأن له حق المشاركة لأنه عوض عن دينه ، فإذا اختار ذلك فقد أجاز فعل الشريك (إلا أن يعطيه ربع الدين) لأنه حقه في الدين لافي الثوب (وإن شاء اتبع المديون بنصفه) لبقاء حصته في ذمته ، لأنه لم يأذن له بالدفع إلى غيره ، والدين المشترك كالمروروث وقيمة عين مسهكة بينهما وثمن مبيع ونحوه . قال (ولا يجوز صلح أحدهما في السلم على أخذ نصيبه من رأس المال) عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويتوقف على إجازة شريكه ، فإن رد بطل أصلاً وبقى المسلم فيه بينهما على حاله وإن أجاز نفذ عليهما فيكون نصف رأس المال بينهما وباقى الطعام بينهما ، لأنه قسمة الدين قبل قبضه فلا يجوز ، كما إذا كان لهما على رجل حرام وعلى آخر دنائير ، فتصلحا على أن لهذا الدراهم ولهذا الدنانير فانه لا يصح . وبيان كونه قسمة أنه يمتاز أحد النصيبين عن الآخر ولأنه فسخ على شريكه عقده ، فلا يجوز لأن العقد صدر منهما ، ولهذا يرجع عليه بنصف رأس المال إذا توى الباقي على المطلوب . وقال أبو يوسف رحمه الله : جاز الصلح وله نصف رأس المال ، وصاحبه إن شاء شاركه فيما قبض وإن شاء اتبع المطلوب بنصفه ، إلا إذا توى عليه ف يرجع على شريكه ، له الاعتبار بسائر الديون ، وبما إذا اشتريا عبدا فأقال أحدهما في نصيبه . قال (وإن صالح الورثة بعضهم عن نصيبه بمال أعطوه والركة عروض جاز قليلا أعطوه أو كثيرا) لما بينا أنه في معنى البيع ، وعثمان رضي الله عنه صالح تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف عن ربع الثمن وكان له أربع نسوة على ثمانين ألف دينار بمحض من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير . قال (وكذلك إن كانت أحد النقدين فأعطوه خلافة) لأن بيع الجنس بخلافه جائز (وكذلك لو كانت نقدين فأعطوه منهما) ويصرف لكل واحد منهما إلى خلاف جنسه ، وقد مر في البيوع ؛ ثم إن كان في يده شيء من الركة ، إن كان مقرا به يكون أمانة ، فلا بد من تجديد القبض فيه لأنه أضعف من قبض الصلح فلا ينوب عنه ، وإن كان جاحدا له صار مضمونا عليه فينوب عن قبض الصلح (ولو كانت نقدين وعروضا

فَصَلَحُوهُ عَلَى أَحَدِ التَّقْدِيرَيْنِ فَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ أَكْثَرُ مِنْ نَصِيْبِهِ مِنْ ذَلِكَ الْجِنْسِ ، وَلَوْ كَانَ يَتَوَلَّى الصَّلَاحَ عَرَضًا جَازًا مُطْلَقًا ، وَإِنْ كَانَ فِي الشَّرَكَةِ دَيُونٌ فَأَخْرَجُوهُ مِنْهَا عَلَى أَنْ تَكُونَ لَهُمْ لَا يَحْجُوزُ ، وَإِنْ شَرَطُوا بَرَاءَةَ الْفُرْمَاءِ جَازًا .

كتاب الشركة

فَصَلَحُوهُ عَلَى أَحَدِ التَّقْدِيرَيْنِ ، فَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ أَكْثَرُ مِنْ نَصِيْبِهِ مِنْ ذَلِكَ الْجِنْسِ (لِيَكُونَ نَصِيْبُهُ بِمِثْلِهِ وَالزِّيَادَةُ بِحَقِّهِ مِنْ بَقِيَةِ التَّرَكَّةِ تَحْرُزًا عَنِ الرِّبَا) (وَلَوْ كَانَ يَدُلُّ الصَّلَاحَ عَرَضًا جَازًا مُطْلَقًا) (لَعَدِمَ تَحَقُّقُ الرِّبَا ، وَكُلُّ مَوْضِعٍ يُقَابَلُ فِيهِ أَحَدُ التَّقْدِيرَيْنِ بِالْآخَرِ يَشْتَرِطُ الْقَبْضُ بِالْجُلُوسِ لِأَنَّهُ صَرَفٌ . قَالَ (وَإِنْ كَانَ فِي التَّرَكَّةِ دَيُونٌ فَأَخْرَجُوهُ مِنْهَا عَلَى أَنْ تَكُونَ لَهُمْ لَا يَحْجُوزُ) لِأَنَّهُ تَمْلِكُ الدِّينَ مِنْ غَيْرِ مِنْ عَلَيْهِ الدِّينَ (وَإِنْ شَرَطُوا بَرَاءَةَ الْفُرْمَاءِ جَازًا) لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ أَوْ تَمْلِكُ الدِّينَ مِنْهُ هُوَ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ جَائِزٌ ، وَإِنْ كَانَ عَلَى الْمَيْتِ دَيْنٌ لَا يَصَالِحُونَ وَلَا يَقْسِمُونَ حَتَّى يَقْضُوا دَيْنَهُ لَتَقْدُمَ حَاجَتُهُ ، وَلَقَوْلُهُ تَعَالَى - مِنْ يَعِدُ وَصِيَّةً يَوْصِي بِهَا أَوْ دِينَ - وَإِنْ قَسَمُوا ، فَإِنْ كَانَ الدِّينُ مُسْتَعْرِقًا لِلتَّرَكَّةِ بَطَلَتْ لِأَنَّهُ لَا مَلِكَ لَهُمْ فِيهَا ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُسْتَعْرِقٍ جَازَ اسْتِحْصَانًا لِإِقْيَاسَا ، وَاللَّهُ سَبْحَانَهُ أَعْلَمُ .

كتاب الشركة

الشرك : النصيب ، قال صلى الله عليه وسلم « من أعتق شركا له في عبد » أى نصيبا : قال النابتة الجعدى :

وشاركنا قريشا في ثقاتها وفي أصحابها شرك العنان

أى أخذنا نصيبا من التقي والحسب مثل نصيب قريش منهما ، كشركة العنان لكل واحد نصيب من المال والكسب ، وسعى الشريكان لأن كل واحد منهما شركا في المال : أى نصيبا . وهى فى الشرع : الخلطة وثبوت الحصصة ، وهى مشروعة بالنصوص ، قال عليه الصلاة والسلام « يد الله على الشريكين ما لم يغب أحدهما صاحبه ، فإذا خان أحدهما صاحبه رفعها عنهما » وقال عليه الصلاة والسلام « الشريكان الله ثالثهما ما لم يغبونا ، فإذا خاننا محيت البركة بينهما » وكان قيس بن السائب شريك رسول الله صلى الله عليه وسلم فى تجارة البز والأدم . وذكر الكرخى أسامة بن شريك ، وقال عليه الصلاة والسلام فى صفته « كان شريكى وكان خير شريك لا يشارى ولا يعارى ولا يدارى » أى لا يبيع ولا يبادل ولا يدافع عن الحق ، ويعت رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملون بها

الشَّرِكَةُ نَوْعَانِ : شَرِكَةُ مِلْكٍ ، وَشَرِكَةُ عَقْدٍ . فَشَرِكَةُ الْمَلِكِ نَوْعَانِ : جَبْرِيَّةٌ ، وَاخْتِيَارِيَّةٌ . وَشَرِكَةُ الْعَقْدِ نَوْعَانِ : شَرِكَةُ فِي الْمَالِ ، وَشَرِكَةُ فِي الْأَعْمَالِ . فَالشَّرِكَةُ فِي الْأَمْوَالِ أَنْوَاعٌ : مُفَاوِضَةٌ ، وَعِنَانٌ ، وَوَجُوهٌ ، وَشَرِكَةُ فِي الْعَرُوضِ . وَالشَّرِكَةُ فِي الْأَعْمَالِ نَوْعَانِ : جَائِزَةٌ وَهِيَ شَرِكَةُ الصَّنَائِعِ ، وَفَاسِدَةٌ وَهِيَ الشَّرِكَةُ فِي الْمُبَاهَاتِ . أَمَّا الْمُفَاوِضَةُ فَهِيَ أَنْ يَتَسَاوَا فِي التَّصَرُّفِ وَالذِّينِ (س) وَالْمَالِ الَّذِي تَصِحُّ فِيهِ الشَّرِكَةُ .

فلم ينكر عليهم وتعاملوا بها إلى يومنا هذا من غير تكبر فكان إجماعا . قال (الشركة نوعان : شركة ملك ، وشركة عقد . فشركة الملك نوعان : جبرية ، واختيارية . وشركة العقود نوعان : شركة في المال ، وشركة في الأعمال . فالشركة في الأموال أنواع : مفاوضة ، وعنان ، ووجوه ، وشركة في العروض . والشركة في الأعمال نوعان : جائزة وهي شركة الصنائع ، وفاسدة وهي الشركة في المباحات) وسيأتيك بيان ذلك إن شاء الله تعالى . أما شركة الأملاك ، أما الجبرية بأن يخلط مالان لرجلين اختلاطا لا يمكن التمييز بينهما أو يرثان مالا . والاختيارية أن يشتريا عينا أو يوصى لهما فيقبلان أو يستوليا على مال أو يخلطا مالهما ، وفي جميع ذلك كل واحد منهما أجنبي في نصيب الآخر لا يصرف فيه إلا باذنه لعدم إذنه له فيه ، ويجوز بيع نصيبه من شريكه في جميع الوجوه ، وأما من غيره فما ثبتت الشركة فيه بالخلط أو الاختلاط لا يجوز إلا باذن شريكه ، لأن الخلط استهلاك معنى فأورث شبهة زوال ملك نصيب كل واحد منهما إلى صاحبه ، وفيما ثبت بالميراث والبيع والهبة والوصية يجوز بيع أحدهما نصيبه من أجنبي بغير إذن صاحبه ، لأن ملك كل واحد منهما قائم في نصيبه من كل وجه . وأما شركة العقود فركنها الإيجاب والقبول وهو أن يقول : شاركك في كذا وكذا فيقول الآخر : قبلت . وشرطها أن يكون التصرف المقود عليه قابلا للوكالة حتى لا يجوز على الاحتطاب وأشباهه ليكون الحاصل بالتصرف مشتركا بينهما إذ هو المطلوب من عقد الشركة (أما المفاوضة فهو أن يتساويا في التصرف والدين والمال الذي تصح فيه الشركة) لأنها في اللغة تقتضي المساواة ، يقال : فافوض فافوض : أي ساوى يساوى ، فلا بد من تحقق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك فيما ذكرناه . أما المال فلائمه الأصل في الشركة ومتممها يكون الربح . وأما التصرف فلائمه متى تصرف أحدهما تصرفا لا يقدر الآخر عليه فانت المساواة ، وكذا في الدين لأن الذي يملك من التصرف في بيع الخمر والخنزير وشرائهما ما لا يملكه المسلم فلا مساواة بينهما ، فلهذا قلنا : لا يصح بينهما مفاوضة . وقال أبو يوسف رحمه الله : تنعقد المفاوضة بينهما ، لأن ما يملكه الذي من بيع الخمر والخنزير يملكه المسلم بالتوكيل فتتحقت المساواة . قلنا الذي يملك ذلك بنفسه

ولا تصح إلا بين الحرين البالغين العاقلين المسلمين أو الذميين ، ولا تنعقد إلا بلفظ المفاوضة ، أو تبين جميع مقتضاها ، ولا يشترط تسليم المال ولا خلطهما ، وتنعقد على الوكالة والكفالة ، فاشترط كل واحد منهما على الشركة إلا طعام أهله وإدامهم وكسوتهم وكسوته ، وللبائع مطالبة أيهما شاء بالتمن ،

وبنايه ، ولا كذلك المسلم فانتفت المساواة ، فإذا عقدا المفاوضة صارت عنانا عندهما لغوات شرط المفاوضة ووجود شرط العنان ، وكذلك كل ما فات شرط من شرائط المفاوضة يجعل عنانا إذا أمكن تصحيحا لتصرفهما بقدر الإمكان . قال (ولا تصح إلا بين الحرين البالغين العاقلين المسلمين أو الذميين) وإن كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا لتساويهما في التصرف ولا تصح بين العبد والحر ، ولا بين الصبي والبالغ للتفاوت بينهما ، فإن الحر والبالغ يملكان الكفالة والتبرعات ، ولا كذلك الصبي والعبد ، أو يملكانها باذن الولي والمولى ، ولا تصح بين العبد وبين الصبيين ولا بين المكاتبين ، لأن هؤلاء ليسوا من أهل الكفالة وأنها تنعقد على الكفالة على ما نبيته إن شاء الله تعالى . والأصل في جوازها قوله صلى الله عليه وسلم « فافوضوا فانه أعظم للبركة » ولأنها تشتمل على الوكالة والكفالة والشركة في الربيع وكل واحد منها جائز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع . قال (ولا تنعقد إلا بلفظ المفاوضة) لأن العوام قلما يعلمون شرائطها ، وهذه اللفظة تتضمن شرائطها ومعناها (أو تبين جميع مقتضاها) لأن العبرة بالمعاني . قال (ولا يشترط تسليم المال) لأن الدراهم والدينارين لا يتعينان في العقود . قال (ولا خلطهما) لأن المقصود الخلط في المشتري ، وكل واحد منهما يشترى بما في يده بخلاف المضاربة ، لأنه لا بد من التسليم ليتمكن من الشراء ، ويشترط حضوره عند العقد أو عند المشتري ، لأن الشركة تم بالشراء لأن الربيع به يحصل . قال (وتنعقد على الوكالة والكفالة) لأن المساواة بذلك تتحقق ، وهو أن يكون كل واحد واحد منهما مطالبا بما طوّل به صاحبه بالتجارة وهو الكفالة ، وأن يكون الحاصل في التجارة بفعل أيهما كان مشتركا بينهما وهى الوكالة ، فكان معنى المفاوضة وهو المساواة يقتضى الكفالة والوكالة ، فكان كل واحد منهما فوض إلى الآخر أمر الشركة على الإطلاق ورضى بفعله ، وذلك يقتضى الوكالة والكفالة أيضا . قال (فاشترط كل واحد منهما على الشركة) عملا بعقد المفاوضة (إلا طعام أهله وإدامهم وكسوتهم وكسوته) والقياس أن يكون على الشركة بمقتضى العقد ، إلا أنا استحسننا ذلك للضرورة ، فإن الطعام والكسوة من اللوازم ، ولا يمكن إيجادها من مال غيره فيجب في ماله ضرورة . قال (وللبائع مطالبة أيهما شاء بالتمن) بمقتضى الكفالة ثم يرجع الكفيل على المشتري بنصف

وإن تكفل بمال عن أجني لزم صاحبه (مم) ، فإذن ملك أحدهما ما تصح فيه الشركة صارت عنانا ، وكذا في كل موضع فسدت فيه المفاوضة لقوات شرط لا يشترط في العنان ، ولا تنعقد المفاوضة والعنان إلا بالدراهم والدنانير وتبريهما إن جرى التعامل به وبالفلوس الرائجة .

ما أدى لأنه كليل أدى عنه بأمره . قال (وإن تكفل بمال عن أجني لزم صاحبه) وقالوا : لا يلزمه لأنه تبرع حتى لا يصح من الصبي والمأذون وصار كالإقراض ، وله أنه تبرع ابتداء لما ذكر معاوضة انتهاء لأنه يجب له الضمان على المكفول عنه حتى لو كفل عنه بغير أمره لا يلزم شريكه ، وبالنظر إلى المعاوضة يلزم شريكه والإقراض ممنوع أو يقول هو إعارة ، ولهذا لا يصح فيه التأجيل ، وللمردود في الإعارة حكم العين لاحكم البدل ، فلم توجد المعاوضة وضمان الغصب والاستهلاك كالكفالة لأنه معاوضة انتهاء ، وكذا ما يلزم أحدهما من الديون بسبب تصح في الشركة كالبيع والإجارة ونحوها يلزم شريكه ، وما لزم بسبب لا تصح في الشركة لا يلزم كالنكاح وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ونحوه . قال (فإن ملك أحدهما ما تصح فيه الشركة صارت عنانا) لزوال المساواة ، وذلك مثل الإرث والوصية والاحتساب والمساواة في العنان ليست بشرط فتصير عنانا لوجود شرائطها (وكذا في كل موضع فسدت فيه المفاوضة لقوات شرط لا يشترط في العنان) فتصير عنانا وإن ملك شيئا لا تصح فيه الشركة كالعقار والعروض ، فالمفاوضة بحالها لأن ذلك لا يبطئها في الابتداء فكذا حالة البقاء . قال (ولا تنعقد المفاوضة والعنان إلا بالدراهم والدنانير وتبريهما إن جرى التعامل به وبالفلوس الرائجة) أما الدراهم والدنانير فلأنهما ثمن الأشياء خلقه ووضعوا لاختلاف في ذلك . وأما التبر فليل يجوز مطلقا لأن الذهب والفضة خلقا ثمينين ، وقيل لا يجوز إلا بالتعامل وهو الأصح لأنهما وإن خلقا للثمنية لكن بوصف الضرب حتى لا ينصرف الاسم عند الإطلاق إلى التبر ، وإنما ينصرف إلى المضروب ، إلا أننا أجرينا التعامل بجرى الضرب عملا بالعرف فألقناه بهما عند التعامل ، وإن كان لأحدهما دراهم وللآخر دنانير ، أو لأحدهما سود وللآخر ببيض جازت المفاوضة إن استوت قيمتهما ، لأنه جنس واحد من حيث الثمنية ، وإن تفاضلا في القيمة لا تصح مفاوضة وتصير عنانا لما تقدم . وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله : أنه لا يجوز وإن استويا في القيمة ، وهو قول زفر ، لأن الشركة تنهى عن الخلطة ، ولا اختلاط مع اختلاف الجنس . وجوابه أنهما جنس واحد من حيث الثمنية نظرا إلى المقصود على ما بينا . وأما الفلوس فلأنها إذا راجت التحقت بالأثمان . وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله : أنه لا يجوز لأن ثمنيتها تعين بالاصطلاح وعمد

ولا تصح بالعروض (ف) إلا أن يبيع أحدهما نصف عروضة بنصف عروضة الآخر إذا كانت قيمتهما على السواء ، ثم يعقدان الشركة وشركة العنان تصح مع التفاضل في المال ، وتصح مع التفاضل في المال والتساوي في الربح إذا عملا أو شرطاً زيادة الربح للعامل ،

مر على أصله في ثمنها حتى لاتعين بالتعين حالة التفاق والرواج . قال (ولا تصح بالعروض) لأنه يؤدي إلى ربح مالم يضمن ، لأنه لا بد من بيعها ، فإذا باع أحدهما عروضة بألف وباع الآخر عروضة بألف وخمسة ومقتضى المقد الشركة في الكيل ، فأأخذ صاحب الألف زيادة على الألف ربح مالم يضمن ، وقد نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح مالم يضمن . قال (إلا أن يبيع أحدهما نصف عروضة بنصف عروض الآخر إذا كانت قيمتهما على السواء) فتعقد شركة أملاك (ثم يعقدان الشركة) على قيمتها وهذه شركة العروض ، وإن اشتركا على أن يبيع كل واحد منهما عروضة ويكون ثمنه بينهما لا يجوز لما تقدم . وتصح الشركة بالكيل والموزون والمعلود المتفاوت إذا خطا واتحد الحبس ، وما ربحا لهما والوضيعة عليهما . وذكر الكرخي أن عند أبي يوسف رحمه الله : هي شركة أملاك لأنها ليست بأمان فلا يصح التفاضل في الربح . وعند محمد : تصح شركة عقد بالخلط لأنها تصلح ثمتا لوجوبها ديناً في الثمة ، إلا أن قبل الخلط لا تتحقق الوكالة ، فإنه لو قال له : اشتر بختك شينا على أن يكون بيننا لأبصح ، لأن توكيل الغير ببيع ملك نفسه لا يجوز ، وبعد الخلط تتحقق الوكالة فصحت الشركة . قال (وشركة العنان تصح مع التفاضل في المال) إلا أنها لا تقتضي المساواة فيجوز أن يشتركا في عموم التجارات وفي خصوصها ويبيع ماله لأنها تنفي عن الحبس ، يقال : عن الرجل إذا حبس ، والعين محبوس عن النساء ، والعنان يحبس الدابة عن بعض الإطلاق ، فكان شريك العنان حبس بعض ماله عن الشركة ، أو حبس شريكه عن بعض التجارات في ماله ، وتعتبر قيمة رأس المسالين اختلافين يوم الشركة ، لأنه إنما يستحق زيادة الربح بالشرط يوم الشركة ، ويعتبر قيمتهما يوم الشراء ليعرف مقدار ملكهما في المشتري ، لأن حقهما ينقل إلى المشتري بالشراء ، ويعتبر قيمتهما يوم القسمة أيضا ، لأن عند القسمة يظهر الربح . قال (وتصح مع التفاضل في المال والتساوي في الربح إذا عملا أو شرطاً زيادة الربح للعامل) وقال زفر : لا تصح المساواة في المال والتفاوت في الربح ولا على العكس ، ولا يجوز إلا أن يكون الربح على قدر رأس المال ، لأنه يؤدي إلى ربح مالم يضمن كالمفاوضة ، ولأنه لا يجوز اشتراط الوضيعة هكذا فكذا الربح . ولنا قول على رضي الله عنه : الربح على ما اشترط المتعاقدان ، والوضيعة على المال . ولأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل

وكذا تساويا في المال وشرطا التفاوت في الربح والوضعية فالربح على ما شرطا والوضعية على قدر المالكين ، وتنعقد على الوكالة ، ولا تنعقد على الكفالة . ولا تصح فيها لاتصيح الوكالة به كالاحتطاب والاحتشاش ، وما جمعه كل واحد منهما فهو له ، فإن أعانه الآخر فله أجر مئله ، وإن هلك المالكان أو أحدهما في شركة العنان قبل الشراء بطلت الشركة . وإن اشترى أحدهما بماله ثم هلك مال الآخر فالشترى بينهما على ما شرطا ، ويرجع على صاحبه بحصته من الثمن ، وإن هلك أحد المالكين ثم اشترى أحدهما فالشترى لصاحب المال خاصة ،

كالضارب ، فإن أحدهما قد يكون أعرف بأمور التجارات وأهدى إلى البياعات فلا يرضى بالمساواة (وإذا تساويا في المال وشرطا التفاوت في الربح والوضعية ، فالربح على ما شرطا والوضعية على قدر المالكين) قال صلى الله عليه وسلم « الربح على ما شرطا والوضعية على قدر المالكين » من غير فصل ، ولأننا جردنا اشتراط زيادة الربح بمقابلة العمل تقديرا . أما زيادة الوضعية فلا وجه لها ، وصار كما إذا شرطا الوضعية على الضارب فإنه لا يصح كذلك هنا . قال (وتنعقد على الوكالة) لما مر (ولا تنعقد على الكفالة) لأنها إنما ثبتت في المناوضة قضية للمساواة ولا مساواة هنا . قال (ولا تصح فيها لاتصيح الوكالة به كالاحتطاب والاحتشاش) لأن الوكالة في ذلك باطلة لأنها مباحة ، لأن الآخذ يملكه بدون التوكيل فيكون فاعلا لنفسه ، ومن ذلك اجتناء الثمار من الجبال والاصطياد وحفر المعادن وأخذ الملح والحصن والكحل وغيرها من المباحات (وما جمعه كل واحد منهما فهو له) دون صاحبه لأنه مباح سبقت يده عليه (فإن أعانه الآخر فله أجر مئله) بالغا ما يبلغ لأن الشركة متى فسدت صارت إجارة فاسدة ، ولو استأجره في ذلك ينصف المجموع كان له أجر المثل بالغا ما يبلغ كذلك هنا . وقال أبو يوسف : له أجر مئله لا يجاوز به نصف الثمن تحقيقا للفائدة ، وهذه الشركة فاسدة . قال (وإن هلك المالكان أو أحدهما في شركة العنان قبل الشراء بطلت الشركة) أما إذا هلكا فلائن المقود عليه المال وأنه يتعين فيها كالمدة والوصية وقد هلك فيعطى العقد كالبيع ، وأما إذا هلك أحدهما فلائن الآخر مارضى بشركة في ماله إلا ليشركه في ماله أيضا ، وقد فانت الشركة في المالك فيفوت الرضى فيعطى العقد . قال (وإن اشترى أحدهما بماله ثم هلك مال الآخر فالشترى بينهما على ما شرطا) لانعقاد الشركة وقت الشراء (ويرجع على صاحبه بحصته من الثمن) لأنه اشترى له بالوكالة وتقدر الثمن من ماله فيرجع عليه لما مر (وإن هلك أحد المالكين ثم اشترى أحدهما فالشترى لصاحب المال خاصة) لأن الوكالة بطلت بهلاك أحد المالكين كما تقدم فيكون

ولا يجوز أن يشترط لأحدهما دراهم مسماة من الزرع ، ولشريك العنان والمفاوض أن يوكل ويضع ويضارب ويودع ويستأجر على العمل ، وهو أمين في المال . وشركة الصنائع : أن يشترك صانعان اتفاقا في الصنعة أو اختلعا على أن يتقبلا الأعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز ، وما يتقبله أحدهما يلزمه ، فيطالب كل واحد منهما بالعمل ويطالب بالأجر .

مشتريا لنفسه خاصة ، وإن كانا نصا على الوكالة في عقد الشركة كان المشتري بينهما على ما شرطا وتكون شركة أملاك ، لأن الشركة بطلت لما بيننا ، والمشتري بحكم الوكالة المصريح بها لا يحكم الشركة المعقودة فكانت شركة أملاك ، ويرجع عليه بحصته من الثمن لما مر . قال (ولا يجوز أن يشترط لأحدهما دراهم مسماة من الربح) لأنه قد لا يربح ما سماها أو يربح ذلك لا غير فتبطل الشركة فكان شرطا مبطلا للشركة فلا يجوز . قال (ولشريك العنان والمفاوض أن يوكل ويضع ويضارب ويودع ويستأجر على العمل) لأن كل ذلك من أعمال التجار (وهو أمين في المال) لأنه قبضه من المالك باذنه وليس له أن يشارك ، لأن الشيء لا يستتبع مثله ، فلو شارك المفاوض عنانا جاز عليهما لأنه دون المفاوضة ، ولو طواضه جاز بإذن شريكه ، فإن لم يأذن يتعد عنانا لأن الشيء لا يستتبع مثله ، فإذا أجاز المفاوضة كانت شركة مبتدأة وإلا فهي عنان لأنه لا بد له من الاستعانة بغيره وهذا دونه فيجوز كالمضارب له أن يوكل وليس له أن يضارب . قال (وشركة الصنائع) وتسمى شركة التقبل ، وهي (أن يشترك صانعان اتفاقا في الصنعة أو اختلعا على أن يتقبلا الأعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز) وقال زفر : لا يجوز مع اختلاف العمل لأن الشركة تنبئ عن الخلطة ولا اختلاط مع الاختلاف . ولنا أنها شركة في ضمان العمل وفيما يستفاد به وهو الأجر لاني نفس العمل ، والوكالة فيه ممكنة ، لأن ما يتقبل كل واحد منهما من العمل فهو أصيل في نصفه وكيل في نصفه ، وبذلك تتحقق الشركة ، ولو استويا في العمل وتفاضلا في المال جاز أيضا ، لأن الأجرة بدل عملهما ، وأنها يتفاوتان فيكون أحدهما أجود عملا وأحسن صناعة فيجوز ، والقياس أن لا يجوز لأنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن ، لأنه الضمان يقدر العمل فالزيادة عليه زيادة ربح ما لم يضمن . قلنا المأخوذ هنا ليس بربح ، لأن الربح يقتضي المجانسة بينه وبين رأس المال ولا مجانسة ، لأن رأس المال هو العمل والربح مال فكان بدل العمل على ما بيننا . قال (وما يتقبله أحدهما يلزمهما فيطالب كل واحد منهما بالعمل ويطالب بالأجر) استحسانا . والقياس أنه لا يلزم شريكه ، لأن ذلك مقتضى للمفاوضة والشركة هنا مطلقة ، وجه الاستحسان أن هذه الشركة تقتضي الضمان حتى كان

وَشَرِكَةُ الْوُجُوهِ جَائِزَةٌ ، وَهِيَ أَنْ يَشْتَرِكَا عَلَى أَنْ يَشْتَرِيَا بِوُجُوهِهِمَا وَبَيْعِيَا ، وَتَنْعَقِدُ عَلَى الْوَكَالَةِ ؛ وَإِنْ شَرَطَا أَنْ الْمَشْتَرَى بَيِّعُهُمَا فَالرَّبْحُ كَذَلِكَ ، وَلَا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ فِيهِ ؛ وَإِنْ اشْتَرَا وَلِأَحَدِهِمَا بَغْلٌ وَلِلْآخَرِ رَاوِيَةٌ يَسْتَقِي الْمَاءَ لَا يَصِيحُ ، وَالْكَسْبُ لِلْعَامِلِ ، وَعَلَيْهِ أَجْرَةٌ بِبَغْلِ الْآخَرِ أَوْ رَاوِيَتِهِ ؛ وَالرَّبْحُ فِي الشَّرِكَةِ الْفَاسِدَةِ عَلَى قَدْرِ الْمَالِ وَيَبْطُلُ شَرْطُ الزِّيَادَةِ . وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ ، أَوْ لَحِقَ بِذَكَرِ الْحَرْبِ مَرْتَدًّا بَطَلَتِ الشَّرِكَةُ ، وَلَكِنْ لِأَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ أَنْ يُوَدِّيَ زَكَاةَ مَالِ الْآخَرِ إِلَّا بِإِذْنِهِ ، فَإِنْ أَذِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ فَأَدْيَا مَعَ ضَمَنِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصِيبَ صَاحِبِهِ ، وَإِنْ أَدْيَا مُتَعَاقِبًا ضَمَنِ الثَّانِي لِلْأَوَّلِ عَكِمْ بِإِذْنِهِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ .

ما يقبله كل واحد منهما مضمونا على الآخر، ويستوجب الأجر بما يقبله شريكه فكان كالمفاوضة في ضمان الأعمال والمطالبة بالأبدال . قال (وشركة الوجوه جائزة) وتسمى شركة المفاليس (وهي أن يشتركا على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا) سميت بذلك لأن الشراء بالنسيئة إنما يكون لمن له وجهة عند الناس ، والتعامل بذلك جائز بين الناس من غير نكير . قال (وتنعقد على الوكالة) لأن التصرف على الغير إنما يجوز بوكالته إذ لا ولاية عليه وهذا عند الإطلاق ، ولو شرط الكفالة أيضا جاز وتكون مفاوضة لأنه يمكن تحقيق ذلك ، لكن عند الإطلاق يصرف إلى العنان لأنه أدنى . قال (وإن شَرَطَا أَنْ الْمَشْتَرَى بَيْنَهُمَا فَالرَّبْحُ كَذَلِكَ ، وَلَا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ فِيهِ) لأن استحقاق الربح بالضمان ، والضمان يتبع الملك في المشتري فيقتدر بقدره . قال (وإن اشتركا ولأحدهما بغل وللآخر راوية يستقي الماء لا يصيح ، والكسب للعامل) لأن الماء مباح وأخذته لا يستفاد بالوكالة وقد تقدم (وعليه أجره بغل الآخر أو راويته) لأنه قد انتفع بملك الغير بعقد فاسد فيلزمه أجرته . قال (والربح في الشركة الفاسدة على قدر المسال ويبطل شرط الزيادة) لأن الربح يتبع لرأس المسال فيتبعه في الملكية ، والزيادة إنما تستجق بالشرط وقد بطل . قال (وإذا مات أحد الشريكين أو لحق بدار الحرب مرتدًا بطلت الشركة) لتضمينها الوكالة ، وهي تبطل بذلك على ما مر . قال (وليس لأحد الشريكين أن يودع زكاة مال الآخر إلا بإذنه) لأن ذلك ليس بدخول في الشركة لأنه ليس من التجارة (فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه فأدْيَا مَعَ ضَمَنِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصِيبَ صَاحِبِهِ ، وَإِنْ أَدْيَا مُتَعَاقِبًا ضَمَنِ الثَّانِي لِلْأَوَّلِ عَمِلَ بِإِذْنِهِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ) عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعنه إن لم يعلم لا يضمن وهو قولهما ، لأنه مأمور بالدفع إلى الفقير وقد فعل . وله أنه مأمور بالدفع إليه زكاة ، والمنفوع لم يقع زكاة فكان مخالفا ، ولأنه أمره بأداء يخرج به عن العهدة ولم يوجد فكان مخالفا فيضمن ، والله أعلم .

كتاب المضاربة

المضاربة شريك رب المال في الربح ورأس ماله الضرب في الأرض ، فإذا سلم رأس المال إليه فهو أمانة ، فإذا تصرف فيه فهو وكيل ،

كتاب المضاربة

وهي مفاعلة من الضرب ، وهو السير في الأرض ، قال الله تعالى : وإذا ضربتم في الأرض - الآية ، ومسمى هذا النوع من التصرف مضاربة لأن فائدته وهو الربح لا يحصل غالبا إلا بالضرب في الأرض ، وهي بلغة الحجاز مقارضة ، وإنما اخترنا المضاربة لموافقتها نص القرآن ، وهو قوله تعالى - وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله - أى يسافرون للتجارة ، وهو عقد مشروع بالآية وبالسنة ، وهو ما روى أن العباس كان يدفع ماله مضاربة ، ويشترط على مضاربه أن لا يسلك به بحرا وأن لا ينزل واديا ولا يشتري به ذات كيد رطبة (١) فإن فعل ذلك ضمن ، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسنه وأجازه ، وبعث عليه الصلاة والسلام والناس يتعاملونه فأقرهم عليه . وعن عمر رضي الله عنه أنه دفع مال اليتيم مضاربة وعليه الإجماع ، ولأن للناس حاجة إلى ذلك لأن منهم الغنى الغنى عن التصرفات ، والفقير الذي العازف بأنواع التجارات ، فست الحاجة إلى شرعيته تحصيل المصلحة . وتنعقد بقوله دفع هذا المال إليك مضاربة أو مقارضة أو معاملة ، أو خلد هذا المال واعمل فيه على أن لك نصف الربح أو ثلثه ، أو قال : خلد هذه الألف واعمل بها بالنصف أو بالثلث استحسانا ، لأن البيع والشراء صار مذكورا بذكر العمل ، والنصف متى ذكر عقيب البيع والشراء يراد به النصف من الربح عرفا وأنه كالمشروط ، ولو قال : خلد هذا المال بالنصف كان مضاربة استحسانا عملا بالعرف . وشراؤها خمسة : أحدها أنها لا يجوز إلا بالتقدين . الثاني : إعلام رأس المال عند العقد ، إما بالإشارة أو بالتسمية ، ويكون مسلما إلى المضارب . الثالث : أن يكون الربح شافعا بينهما : الرابع : إعلام قدر الربح لكل واحد منهما . الخامس : أن يكون المشروط للمضارب من الربح ، حتى لو شرطه من رأس المال أو منهما فسدت على ما يأتيك إن شاء الله تعالى

قال (المضارب شريك رب المال في الربح ، ورأس ماله الضرب في الأرض) لأنه لو لم يكن شريكه في الربح لا يكون مضاربة على ما بينته إن شاء الله . قال (فإذا سلم رأس المال إليه فهو أمانة) لأنه قبضه بإذن المالك (فإذا تصرف فيه فهو وكيل) لأنه تصرف

(١) قوله كيد رطبة : المراد بها المواشى

فإذا ربح صار شريكا ، فإن شرط الربح للمضارب فهو قرض (ف) ، وإن شرط لرب المال فهو مضاربة ، وإذا فسدت المضاربة فهي إجارة فاسدة ، وإذا خالف صار غاصبا ، ولا تصح إلا أن يكون الربح بينهما مشاعا ، فإن شرط لأحدهما دراهم مسماة فسدت ، والربح لرب المال ، والمضارب أجر مثله ، واشترط الوضعية على المضارب باطل ، ولا بد أن يكون المال مسلما إلى المضارب ، وللمضارب أن يبيع ويشترى بالتقدي والنسيئة ويؤكل ويسافر ويضيّع ، ولا يضارب إلا باذن رب المال ، أو بقوله : اعمل برأيك ،

فيه بأمره (فإذا ربح صار شريكا) لأنه ملك جزءا من الربح (فإن شرط الربح للمضارب فهو قرض) لأن كل ربح لا يملك إلا بملك رأس المال ، فلما شرط له جميع الربح فقد ملكه رأس المال ، ثم قوله مضاربة شرط لردّه فيكون قرضا (وإن شرط لرب المال فهو مضاربة) هذا معناه عرفا وشرا (وإذا فسدت المضاربة فهي إجارة فاسدة) لأنه حمل له بأجر مجهول فيستحق أجر مثله لما مر (وإذا خالف صار غاصبا) لأنه تصرف في ملك الغير بغير رضاه فكان غاصبا ، ولا تصح إلا بما تصح به الشركة . قال (ولا تصح إلا أن يكون الربح بينهما مشاعا ، فإن شرط لأحدهما دراهم مسماة فسدت) لما مر في الشركة ، وكذا كل شرط يوجب الجهالة في الربح يفسدها لاختلال المقصود (والربح لرب المال) لأن الربح تبع للمال لأنه نماءه (وللمضارب أجر مثله) لأنها فسدت ولا يتجاوز به المسمى عند أبي يوسف ، وهو نظير مأمّر في الشركة الفاسدة ، وهكذا كل موضع لا تصح فيه المضاربة ، ونجبة الأجرة وإن لم يعمل لأن الأجر يستحق الأجرة بتسليم نفسه وقد سلم . وعن أبي يوسف أنه لا يستحق حتى يربح كالصحيحة ، والمال أمانة كالصحيحة ، أو لأنه أجبر خاص . قال (واشترط الوضعية على المضارب باطل) لما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال : الربح على ما شرطوا عليه ، والوضعية على المال ولأنه تصرف فيه بأمره فصار كالوكيل . قال (ولا بد أن يكون المال مسلما إلى المضارب) لأنه لا يقدر على العمل إلا باليد ، فيجب أن تخلص يده فيه وتقطع عنه يد رب المال : قال (وللمضارب أن يبيع ويشترى بالتقدي والنسيئة ويؤكل ويسافر ويضيّع) وأصله أن المضارب مأمور بالتجارة ، فيدخل تحت الإذن كل ما هو تجارة أو ما لا بد للتجارة منه : كالبيع والشراء والباقي من أعمال التجارة ، وكذلك الإيداع ولأنها دون المضاربة فيدخل تحت الأمر . قال (ولا يضارب إلا باذن رب المال ، أو بقوله : اعمل برأيك) لأن الشيء لا يستتبع مثله لاستوائهما في القوة فاحتاج إلى التخصيص أو مطلق التفويض ، إلا أنه ليس

وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَعَدَّى الْبَلَدَ وَالسَّلْعَةَ وَالْمُعَامِلَ الَّذِي عَيْنَهُ رَبُّ الْمَالِ ، وَكَانَ
وَقَسَتْ لَهَا وَقَتًا بَطَلَتْ بِمُضِيِّهِ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَزُوجَ عَبْدًا وَلَا أَمَةً مِنْ مَالِ
الْمُضَارَبَةِ ، وَلَا يَشْتَرِيَ مَنْ يَعْتَقُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ ،

له الإقراض لأن الإطلاق فيها هو من أمور التجارة لا غير . قال (وليس له أن يتعدى البلد
والسلعة والمعامل الذي عينه رد المال) لما روينا من حديث العباس رضى الله عنه . وعن
ابن مسعود رضى الله عنه أنه دفع المال مضاربة وقال : لا تسلف مالنا في الحيوان ، ولأنها
وكالة ، وفي التخصيص فائدة في تخصص ، ولو خالفه كان مشتريا لنفسه وربحه له ، لأنه
لما خالف صار غاصبا فأخذ حكم الغصب ، ثم قيل يضمن بنفس الإخراج من البلد لوجود
الخالفه ، وقيل لا يضمن ما لم يشتر لاحتمال عوده إلى البلد قبل الشراء ، فإذا عاد زال الضمان
وصار مضاربة على حاله بالعقد الأول كالمودع إذا خالف ثم عاد .

والمضاربة نوعان : عامة ، وخاصة . فالعامة نوعان : أحدهما أن يدفع المال إليه
مضاربة ولم يقل له اعمل برأيك ، فيملك جميع التصرفات التي يحتاج إليها في التجارة ويدخل
فيه الرهن والارتهان والاستعجار والخطأ بالغيب والاحتيايل بمال المضاربة ، وكل ما يعمله
التجار غير التبرعات والمضاربة والشركة والخلط والاستدانة على المضاربة ، وقد مر الوجه
فيه . والثاني أن يقول له : اعمل برأيك ، فيجوز له ما ذكرنا من التصرفات والمضاربة والشركة
والخلط لأن ذلك مما يفعله التجار ، وليس له الإقراض والتبرعات لأنه ليس من التجارة
فلا يتناولها الأمر . والخاصة ثلاثة أنواع : أحدها أن يخصه ببلد فيقول : على أن تعمل
بالكوفة أو بالبصرة . والثاني أن يخصه بشخص بعينه بأن يقول : على أن تبيع من فلان
وتشترى منه ، فلا يجوز التصرف مع غيره لأنه قيد مفيد لجواز وثوقه به في المعاملات .
الثالث أن يخصه بنوع من أنواع التجارات بأن يقول له : على أن تعمل به مضاربة في البز
أو في الطعام أو في الصرف ونحوه ، وفي كل ذلك يتقيد بأمره ولا يجوز له مخالفته لأنه مقيد
وقد مر الوجه فيه ، ولو قال : على أن تعمل بسوق الكوفة فعمل في موضع آخر منها جاز
لأن أماكن المصر كلها سواء في السفر والنقد والأمن ؛ ولو قال : لا تعمل إلا في سوق فعمل
في غيره ضمن لأنه صرح بالهوى ؛ ولو دفع المال مضاربة في الكوفة على أن يشترى من
أهلها فاشترى من غيرهم فيها جاز لأن المقصود المكان عرفا ؛ وكذلك لو دفعه مضاربة
في الصرف على أن يشترى من الصيارفة ويبيعهم فاشترى من غيرهم جاز لأن المراد النوع
عرفا . قال (وإن وقت لها وقتا بطلت بمضيه) لأن التوقيت مقيد وهو وكيل فيتقيد بما وقته
كالتقيد بالنوع والبلد . قال (وليس له أن يزوج عبدا وَلَا أَمَةً مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ) وهو
على الخلاف الذي مر في المأذون . قال (ولا يشترى من يعتق على رب المال) لأنه يعتق

فإن فعلَ ضَمِنَهُ ، ولا مَنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ إن كانَ في المالِ رِبْحٌ ، فإن لم يكنْ في المالِ رِبْحٌ فاشترى مَنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ صَحَّ البَيْعُ ، فإن رِبْحٌ عَتَقَ نَصِيْبُهُ وتَسَعَى العَبْدُ في قِيَمَةِ نَصِيْبِ رَبِّ المالِ ؛ فلو دَفَعَ إِلَيْهِ المالَ مُضَارَبَةً وقالَ : ما رَزَقَ اللهُ بَيْنَنَا نِصْفَانِ وأَذِنَ لَهُ في الدَفْعِ مُضَارَبَةً ، فدَفَعَ إلى آخِرِ الثَّلَاثِ فنِصَفُ الرِّبْحِ لِرَبِّ المالِ بالشرطِ ، والسادسُ لِأَوَّلِ ، والثَّلَاثُ لِلثَّانِي ، وإن دَفَعَ الأَوَّلُ إلى الثَّانِي بالنِّصْفِ فلا شيءَ لَهُ ، وإن دَفَعَهُ على أنْ لِلثَّانِي الثَّلَاثَيْنِ ضَمِنَ الأَوَّلُ الثَّانِي قَدْرَ السِّدْسِ مِنَ الرِّبْحِ ؛ وَلَوْ قالَ : ما رَزَقَكَ اللهُ فَلَئِنْ نِصْفُهُ لَمَّا شَرَطَهُ الثَّانِي فَهُوَ لَهُ ، والباقي بَيْنَ رَبِّ المالِ والمُضَارِبِ الأَوَّلِ نِصْفَانِ ؛

عليه فتبطل المضاربة ، وهو إنما وكله بالتصرف في المال لا بإبطال العقد (فإن فعل ضمنه) معناه صار مشترياً لنفسه فيضمن الثمن كالوكيل بالشراء إذا خالف . قال (ولا من يعتق عليه إن كان في المال ربح) لأنه يملك نصيبه فيعتق عليه فيفسد الباقي أو يعتق فيمتنع التصرف فيه ، فإن اشتراه كان مشترياً لنفسه فيضمن الثمن لأنه أداه من مال الغير . قال (فإن لم يكن في المال ربح فاشترى من يعتق عليه صح البيع) لعدم المانع (فإن ربح عتق نصيبه) لأنه ملك قريبه ولا ضمان عليه لأنه عتق بالربح لا بصنعه (ويسعى العبد في قيمة نصيب رب المال) لأن ماله صارت محبوسة عنده فيسمى كالعبد الموروث إذا عتق على أحد الورثة يسمى في نصيب الباقي . قال (فلو دفع إليه المال مضاربة وقال : ما رزق الله بيننا نصفان وأذن له في الدفع مضاربة ، فدفع إلى آخر بالثلث فنصف الربح لرب المال بالشرط ، والسادس للأول ، والثلث للثاني) لأنه لما شرط رب المال لنفسه النصف بقى النصف للمضارب ، فلما شرط الثلث للثاني انصرف تصرفه إلى نصيبه فبقى له السدس ويطلب له كأجير احتياط (وإن دفع الأول إلى الثاني بالنصف فلا شيء له) لأنه جعل نصفه للثاني فلم يبق له شيء ، كمن استأجره لحياطة ثوب بدرهم فاستأجر غيره ليخطه بدرهم (وإن دفعه على أن للثاني الثلثين ضمن الأول للثاني قدر السدس من الربح) لأنه ضمن للثاني ثلثي الربح وبعضه وهو النصف ملكه وبعضه وهو السدس ملك رب المال فلا يتخذ لأنه إبطال ملك الغير لكن التسمية صحيحة لكونها معلومة في عقد يملكه ، وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء ، وصار كمن استأجر خياطاً لحياطة ثوب بدرهم فاستأجر الخياط غيره ليخطه بدرهم ونصف (ولو قال : ما رزقك الله فلي نصفه ، فما شرطه للثاني فهو له) عملاً بالشرط لأنه ملكه من جهة رب المال (والباقي بين رب المال والمضارب الأول نصفان)

وَقَالَ : عَلَى أَنْ مَارَزَقَ اللَّهُ بَيْنَنَا نِصْفَانِ قَدْ قَعَهُ إِلَى آخِرَ النِّصْفِ قَدْ قَعَهُ
الثَّانِي إِلَى ثَالِثِ الثُّلُثِ فَالنِّصْفُ لِرَبِّ الْمَالِ ، وَالثَّالِثُ الثُّلُثُ ، وَالثَّانِي السُّدُسُ
وَلَا شَيْءَ لِلْأَوَّلِ ،

لأن رب المال جعل لنفسه نصف مازقه الله ، وإنما رزقه نصف الربح سيكون بينهما
نصفان ، وكذلك إذا قال : ماريحت أو كسبت أو رزقت أو ما كان لك فيه من فضل
أو ربح فهو بيننا نصفان ، فانه ينطلق إلى ما بعد ما شرط للثاني لما بيننا (ولو قال : على أن
ما رزق الله بيننا نصفان فدفعه إلى آخر بالنصف فدفعه الثاني إلى ثالث بالثلث فالنصف
لرب المال ، والثالث الثلث ، والثاني السدس ولا شيء للأول) لأنه لما شرط النصف
للثاني وانصرف إلى نصيبه لما بيننا فلم يبق له شيء والباقي على ما شرطاه لما بيننا . وإذا لم يؤذن
للمضارب في الدفع مضاربة فدفعه إلى غيره مضاربة ضمن عند زفر لوجود المخالفة ،
وقالا : لا يضمن ما لم يعمل لأن الدفع لا يتقرر مضاربة إلا بالعمل ، وقال أبو حنيفة :
لا يضمن ما لم يربح لما بيننا في أول الباب أن الدفع قبل العمل أمانة وبعد العمل مباذعة وهو
يملك ذلك ، فإذا ربح صار شريكا في المال فيضمن كما إذا خلط بمال آخر ولا ضمان على
الثاني لأن فعله يضاف إلى الأول ، لأنه هو الذي أثبت له ولاية التصرف ، فان استهلكه
الثاني فالضمان على الأول خاصة ، وعندهما يضمن الثاني وهو نظير مودع المودع ، والأشهر
أنه يغير ههنا فيضمن أيهما شاء الأول لما بيننا والثاني لإبطاله حتى " رب المال فكان متعلبا
في حقه ، ولو كانت المضاربة فاسدة لاضمان عليه لأن الثاني أجبر فيه ، وله أجر مثله فلا
يكون شريكا ، ولو دفع المال إلى رجلين مضاربة بالنصف وقال : اعملا برأيكما ، أو لم
يقبل فليس لأحدهما أن ينفرد لأن التجارة يحتاج فيها إلى الرأي ، فان عمل أحدها بنصف
المال بغير أمر صاحبه ضمن النصف ، وإن عمل بأمر الآخر لم يضمن لأنه كالوكيل عنه ،
وما ربح نصفه لرب المال ونصفه بينهما نصفان

فصل

ونفقة المضارب في مال المضاربة ما دام في سفره حتى يعود إلى مصره ، وإن كان
ما دون مدة السفر إذا كان لا يبيت بأهله ، وإن كان يبيت فلا نفقة له ، وكذا لا نفقة له
ما دام في مصره ، لأن النفقة جزاء الاحتباس ، فإذا كان في مصره لا يكون محتسبا في المضاربة
وفي السفر يكون محتسبا فيها ، وإذا اتخذ مصرا آخر دارا أو تزوج به فهو كمصره ونفقته
في الحاجة الدارة كالطعام والشراب والكسوة وفراش النوم ودابة الركوب وعملها ومن
يطبخ له ويغسل ثيابه وأجرة الحمام ودهن السراج والحطب ، ونجب نفقة مثله بالمعروف
ونفقة غلمانهم ودوابه الذين يعملون معه في المال ، وتحتسب النفقة من الربح ، فان لم يكن

وَتَبْطُلُ الْمُضَارَبَةُ : يَمُوتُ الْمُضَارِبُ ، وَيَمُوتُ رَبُّ الْمَالِ ، وَيَبْرُدَةُ رَبِّ الْمَالِ ، وَلِحَاقِهِ مُرْتَدًّا ، وَلَا تَبْطُلُ بِرُدَّةِ الْمُضَارِبِ ، وَلَا يَنْتَعِزِلُ بِعِزِّهِ مَا لَمْ يَعْلَمْ ، فَكُلُّ بَاعٍ وَاشْتَرَى بَعْدَ الْعَزْلِ قَبْلَ الْعِلْمِ نَقْدٌ ، فَإِنْ عَلِمَ بِالْعَزْلِ وَالْمَالُ مِنْ جَنْسِ رَأْسِ الْمَالِ لَمْ يَحْزُ لَهُ أَنْ يَنْتَصِرَفَ فِيهِ ، وَإِنْ كَانَ خِلَافَ جِنْسِهِ فَلَهُ أَنْ يَبِيعَهُ حَتَّى يَصِيرَ مِنْ جِنْسِهِ ، وَإِذَا افْتَرَقَا وَفِي الْمَالِ دَيُونٌ وَلَيْسَ فِيهِ رِيحٌ وَكُلُّ رَبِّ الْمَالِ عَلَى اقْتِضَائِهَا ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ رِيحٌ أَجْبَرَ عَلَى اقْتِضَائِهَا ، وَمَا هَلَكَ مِنْ مَالِ الْمُضَارِبَةِ قَبْلَ الرِّيحِ ، فَإِنْ زَادَ قَبْلَهُ رَأْسُ الْمَالِ .

فن رأس المال ، ولو أنفق من مال نفسه أو استدان لتفخته رجع في مال المضاربة ، ولو ضارب لرجلين فنفته على قدر المالين ، ولو كان أحد المالين بضاعة فالجميع على المضاربة لأن السفر واقع لها ، ولو كانت المضاربة فاسدة لانفقة للمضارب لأنه أجبر ونفقة الأجير على نفسه . قال (وتبطل المضاربة بموت المضارب ويموت رب المال) لأنها وكالة وأنها تبطل بالمولد لما مر . قال (وبردة رب المال ولحاقه مرتدًا) لأنه موت حكما على ما عرف (ولا تبطل بردة المضارب) لأن ملك رب المال باق ، وجارية المرتد معتبرة . قال (ولا ينزل بعزله ما لم يعلم) كالوكيل (فلو باع واشترى بعد العزل قبل العلم نفذ) لبقاء الوكالة (فإن علم بالعزل والمال من جنس رأس المال لم يحز له أن يتصرف فيه) لأنه صار أجنبيا بالعزل ولا ضرر عليه في ذلك (وإن كان خلاف جنسه فله أن يبيعه حتى يصير من جنسه) لأن له حقا في الرِّيح ، وهو إنما يظهر إذا علم رأس المال ، وإنما يعلم إذا نص (١) وإنما ينص بالبيع ، فإذا نص لا يتصرف فيه ، وموت أحدهما ولحاقه بدار الحرب كالعزل . قال (وإذا افترقا وفي المال ديون وليس فيه ريح وكل رب المال على اقتضاها) لأنه وكيل متبرع بالعمل فلا يلزمه الاقتضاء إلا أنه لما كان عاقدا والحقوق ترجع إليه فلا بد من وكالته (وإن كان فيه ريح أجبر على اقتضاها) لأن الرِّيح بمنزلة الأجرة فكان أجيرا فيجب عليه تمام العمل . قال (وما هلك من مال المضاربة فن الرِّيح) لأنه تبع كالعفو في باب الزكاة (فإن زاد فن رأس المال) لأن المضارب أمين فلا ضمان عليه ، فان اقتسما الرِّيح والمضاربة بحالها ثم هلك المال أو بعضه رجع في الرِّيح حتى يستوفى رأس المال ، لأن الرِّيح فضل على رأس المال ، ولا يعرف الفضل إلا بعد سلامة رأس المال فلا يصح قسمته فينصرف الهلاك إليه لما بينا ، ويتبدأ أولا برأس المال ثم بالنفقة ثم بالريح الأهم فالأهم ، ولو فسخه المضاربة ثم اقتسما الرِّيح ثم عقدا المضاربة فهلك رأس المال لم يتراد

(١) قوله نص ، يفتح النون وتشديد الضاد المفتوحة : أي صار نقدا .

كتاب الوديعة

وَهِيَ أَمَانَةٌ إِذَا هَلَكَتْ مِنْ غَيْرِ تَعَدٍّ لَمْ يَضْمَنْ ، وَكَهْ أَنْ يَحْفَظَهَا
بِنَفْسِهِ ، وَمَنْ فِي عِيَالِهِ وَإِنْ تَهَاوَى ،

الريح ، لأن هذه المضاربة جديدة ، والأولى قد انتهت فانتهى حكمها ، ولو مر المضارب
على السلطان فأخذ منه شيئا كرها لأخيان عليه ، وإن دفع إليه شيئا ليكف عنه ضمن ،
لأنه ليس من أمور التجارة ، وكذلك إذا أراد العاشر أن يأخذ منه العشر فصالحه المضارب
بشيء من المال حتى كف عنه ضمن ، والله عز وجل أعلم .

كتاب الوديعة

وهي مشتقة من الودع وهو الترك ، يقال : دع هذا : أى اتركه ؛ ومنه المودعة
في الحرب : أى أن يترك كل واحد من الفريقين الحرب ، وقال عليه الصلاة والسلام
« ليهين قوم عن ودعهم الجماعات أو ليخمنن على قلوبهم ثم ليكنبن من الغافلين » أى
تركهم الجماعات . ومنه الوداع ، لأن كل واحد منهما يترك صاحبه ويقارقه ، أوهى من
الحفظ ، قال عليه الصلاة والسلام في حديث وداع المسافر « استودع الله دينك وأمانتك
أى استحفظ الله : أى اطلب منه حفظهما ، فكان الوديعة ترك عند المودع للحفظ ،
ولهذا لا يودع عادة إلا عند من يعرف بالأمانة والديانة . وهو عقد مشروع أمانة لا غرامة ،
قال عليه الصلاة والسلام « ليس على المستودع غير المثل ضمان ، ولا على المستعير غير المثل
ضمان » ويجب حفظها على المودع إذا قبلها لأنه التزم الحفظ بالعقد ، والوديعة تارة تكون
بصرح الإيجاب والقبول وتارة بالدلالة ، فالصريح قوله أودعتك وقول الآخر قبلت ،
ولا يتم في حق الحفظ إلا بذلك ، ويتم بالإيجاب وحده في حق الأمانة ، حتى لو قال
للفاسب أودعتك المقصوب برئى عن الضمان وإن لم يقبل ، لأن صيرورة المال أمانة حكم
يلزم صاحب المال لا غير فيثبت به وحده ؛ فأما وجوب الحفظ فيلزم المودع فلا بد من
قبوله ، والدلالة إذا وضع عنده متاعا ولم يقل شيئا ، أو قال هذا وديعة عنك وسكت الآخر
صار مودعا حتى لو غاب المسالك ثم غاب الآخر فضايع ضمن ، لأنه إيداع وقبول عرفا .
قال (وهى أمانة إذا هلكت من غير تعدٍّ لم يضمن) لأنه لو وجب الضمان لامتنع الناس
من قبولها وفيه من الفساد ما لا يحصى ، ولما رويناه من الحديث . قال (وله أن يحفظها بنفسه
ومن في عياله وإن تهاو) لأنه التزم أن يحفظها بما يحفظ به ماله ، وذلك بالحرص واليد

وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْفَظَهَا بِغَيْرِهِمْ إِلَّا أَنْ يَخَافَ الْحَرِيقَ فَيُسَلِّمَهَا إِلَى جَارِهِ ،
أَوْ الْفَرْقَ فَيَلْقِيَهَا إِلَى سَفِينَةٍ أُخْرَى ، فَإِنْ خَلَطَهَا بِغَيْرِهَا حَتَّى لَا تَتَمَيَّزَ
ضَمَنُهَا ، وَكَذَا إِنْ أُنْفِقَ بَعْضُهَا ثُمَّ رَدَّ عَوَضَهُ وَخَلَطَهُ بِالْبَاقِي ، وَإِنْ اخْتَلَطَ
بِغَيْرِ صُنْعِهِ فَهُوَ شَرِيكٌ ،

أما الحرز فداره ومنزله وحانوته ، سواء كان ملكا له أو إجارة أو إعارة . وأما اليد فيده
وزوجته وزوجها وأمه وعبده وأجيرها الخاص وولده الكبير إن كان في عياله على ما مرَّ
في الرهن ، ولأن المودع رضى بذلك لأنه يعلم أن المودع لابد له من الخروج لمعاشه وأداء
فرائضه ، ولا يمكنه استصحاب الوديعة معه فيتركها في منزله عند من في عياله فلم يكن له
بدن ذلك ، ولهذا لا يصح نفيه لو قال لا تدفعها إلى شخص عينه من عياله ممن لابد له منه ،
فإن لم يكن له عيال سواء لم يضمن ، وإن كان له سواء يضمن لأن من العيال من لا يؤتمن
على المال . قال (وليس له أن يحفظها بغيرهم) لأنه ما رضى بحفظ غيرهم ، فإن الناس
يتفاوتون في الأمانات وصار كالوكيل والمضارب ليس له أن يوكل ولا يضارب لما تقدم
أن الشيء لا يضمن مثله . قال (إلا أن يخاف الحريق فيسلمها إلى جاره ، أو الفرق فيلقياها
إلى سفينة أخرى) لأن الحفظ تعين بذلك ، لكن لا يصدق عليه إلا ببينة لأنه يدعى سببا
لإسقاط الضمان فيحتاج إلى بينة . قال (فإن خلطها بغيرها حتى لا تتميز ضمنها) عند
أبي حنيفة ثم لا سبيل للمودع عليها والخلط على وجوه : أحدها الجنس بالجنس كالخنطة
بالخنطة ، والشعير بالشعير ، والدراهم البيض بالبيض ، والسود بالسود . والثاني خلط
الجنس بغيره كالخنطة بالشعير ، والحل بالزيت ونحوهما . والثالث خلط المساع بمجنسه ؛
فعند أبي حنيفة هو استهلاك في الوجوه كلها فيضمنها ويقطع حق المودع عنها ، وعندهما
كذلك في الوجه الثاني ، لأنه استهلاك صورة ومعنى ؛ والأول عندهما إن شاء شاركه
فيها ، وإن شاء ضمنه ، لأنه إن تعذر أخذ عين حقه لم يتعذر المعنى فكان استهلاكها من
وجه دون وجه فيختار أيهما شاء . وأما الثالث فعند أبي يوسف يحمل الأقل تبعا للأكثر
اعتبارا للغالب . وعند محمد هو شركة بينهما بكل حال لأن الجنس لا يقلب الجنس عنده
على ما عرف من أصله في الرضاع ، وخط الدراهم بالدراهم ، والدنانير بالدنانير إذا بقية
من الوجه الثالث ، لأنه يصير مائما بالإذابة . وجه قول أبي حنيفة أنه استهلاك من كل
وجه لتعذر وصوله إلى عين حقه ، والقسمة مرتبة على الشركة فلا تكون موجبة لها ، فلو
أبرأ المودع الخالط برئ أصلا ، وعندهما يبرأ من الضمان فتعين الشركة في المخاوط (وكذا
إن أنفق بعضها ثم ردَّ عوضه وخلطه بالباقي) فهو استهلاك على الوجه الذي بينا . قال (ولو
اختلط بغير صنعه فهو شريك) بالاتفاق لأنه لا صنع له فيه فلا ضمان عليه فتعين الشركة .

وَلَوْ تَعَدَّى فِيهَا بِالرُّكُوبِ أَوْ اللَّبَسِ أَوْ الْإِسْتِخْدَامِ أَوْ أَوْدَعَهَا ثُمَّ زَالَ
التَّعْدَى لَمْ يَضْمَنْ ؛ وَلَوْ أَوْدَعَهَا فَهَلَكَتْ عِنْدَ الثَّانِي فَالضَّامُّ عَلَى الْأَوَّلِ (م)
فَإِنْ طَلَبَهَا صَاحِبُهَا فَجَعَلَهَا ثُمَّ عَادَ اعْتَرَفَ ضَمِنْ ؛ وَلِلْمُودِعِ أَنْ يُسَافِرَ
بِالْوَدِيعَةِ ، وَإِنْ كَانَ لَهَا حَمْلٌ وَمِثْوَةٌ مَا لَمْ يَنْبَهُ إِذَا كَانَ الطَّرِيقُ آمِنًا ،
وَلَوْ أَوْدَعَا عِنْدَ رَجُلٍ مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا ثُمَّ حَضَرَ أَحَدُهُمَا يَطْلُبُ نَصِيْبَهُ
لَمْ يُوْمَرْ بِالْدَّفْعِ إِلَيْهِ مَا لَمْ يَحْضُرِ الْآخَرُ ،

قال (ولو تعدى فيها بالركوب أو اللبس أو الاستخدام أو أودعها ثم زال التعدى لم يضمن)
لزوال الموجب للضمان ، ويد الأمانة باقية بإطلاق الأمر الأول لأنه لم يرتفع من جهة صاحب
الحق لكن ارتفع حكمه لوجود ما ينفيه ثم زال المنافي فعاد حكم الأمر الأول (ولو أودعها
فهلكت عند الثاني فالضمان على الأول) خاصة . وقالوا : يضمن أيما شاء ، لأن الأول
خالف لما بيننا ، والثاني تعدى حيث قبض ملك غيره بغير أمره ، فإن ضمن الأول لا يرجع
على الثاني لأنه ملكه بالضمان مستندا فيكون مودعا ملكه ، وإن ضمن الثاني رجع على الأول
لأنه إنما لحقه ذلك بسببه . ولأبي حنيفة أن التقرير إنما جرى من الأول ، لأن مجرد الدفع
لا يوجب الضمان حتى لو هلكت والأول حاضر لا يضمن ، فإذا غاب الأول فقد ترك
الحفظ فيضمن والثاني لم يترك . قال (فإن طلبها صاحبها فجعلها ثم عاد اعترف ضمن)
لأن بالطلب ارتفع عقد الوديعة فصار غاصبا بعده ، وبالإعتراف بعد ذلك لم يوجد الرد إلى
نائب المالك بخلاف مسئلة المخالفة ثم المرافقة ، لأن يد الوديعة لم ترتفع فوجد الرد إلى يد
النائب ، ولو جعلها عند غير المالك لم يضمن . وقال زفر : يضمن لأنه جحد الوديعة .
ولنا أنه من باب الحفظ لما فيه من قطع الأطماع عنها ، ولأنه ربما يخاف عليها من جعلها
عنده ، وهذا المعنى معلوم إذا جعلها عند المالك ، فإن جعلها ثم جاء بها فقال له صاحبها
دعها وديعة عندك فهلكت ، فإن أمكنه أخذها فلم يأخذها لم يضمن لأنه إبداع جديد كأنه
أخذها ثم أودعها ، وإن لم يمكنه أخذها ضمن لأنه لم يتم الرد . قال (وللمودع أن يسافر
بالوديعة وإن كان لها حمل ومثونة ما لم ينه إذا كان الطريق آمنا) لإطلاق الأمر ، والغالب
السلامة إذا كان الطريق آمنا ، ولهذا يملكه الوصي والأب ، بخلاف الركوب في البحر ،
لأن الغالب فيه العطب . وقالوا : ليس له ذلك إلا إذا كان له حمل ومثونة ، لأن الظاهر
عدم الرضا لما يلزمه من مثونة الحمل . قلنا يلزمه ذلك ضرورة امتثال أمره ، فلا اعتبار
به سببا إذا كان من أهل العمود ، ولا بد له من رحلة الشتاء والصيف . قال (ولو أودعها
عند رجل مكيلا أو موزونا ثم حضر أحدهما يطلب نصيبه لم يؤمر بالدفع إليه ما لم يحضر
الآخر) وقالوا : يدفع إليه نصيبه لأنه سلمه إليه فيؤمر بالدفع إليه عند الطلب لأنه ملكه

فان قال المودع امرتني أن أدفعها إلى فلان وكذبه المالك ضمن إلا أن يقيم البيّنة على ذلك أو ينكّل المالك عن البيّين ، وكو أودع عند رجلين شيئاً مما يقسم اقتسامه وحفظ كل منهما نصفه ، وإن كان لا يقسم حفظه أحدهما يأمر الآخر ، وكو قال أحفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر في الدار لم يضمن ، وكو خالفه في الدار ضمن ، وكو ردّ الوديعة إلى دار مالكيها ولم يسلمها إليه ضمن .

حتى كان له أخذه كالدين المشترك ، وله أن نصيبه في المشاع ولا يمكن دفعه إليه ، لأن الدفع يقع في المعين وهو غير المشاع ، وإذا لم يمكن دفعه إليه كيف يؤمر به ، وولاية الأخذ لا تقتضي جواز الدفع . ألا ترى أن المدين لو كان له وديعة عند رجل من جنس الدين فرب الدين أخذها ، ولا يجوز للمودع الدفع إليه . وأما الدين المشترك فلائذ يؤدى المدينون من مال نفسه لما عرف ، ولا اعتبار بضرر الحاضر لأنه لحقه بضرره حيث أودعه مشاعاً ، وغير المكيل والموزون لا يدفع إليه نصيبه بالإجماع . وذكر محمد الخلاف مطلقاً والأول أصح ، لأنه لو كان في يد أحدهما وغاب فليس للحاضر أخذ نصيبه فن المودع أولى . قال (فإن قال المودع امرتني أن أدفعها إلى فلان وكذبه المالك ضمن ، إلا أن يقيم البيّنة على ذلك أو ينكّل المالك عن البيّين) لأنهما تصادقا على الدفع وتباحدا في الإذن فيضمن بالدفع إلا بحجة . قال (ولو أودع عند رجلين شيئاً مما يقسم اقتسامه وحفظ كل منهما نصفه ، وإن كان لا يقسم حفظه أحدهما بأمر الآخر) وقالوا : لأحدهما أن يحفظه بأمر الآخر في المستلثين لأنه رضى بأمانتهما ، فكان لأحدهما أن يسلمها إلى الآخر كالمسئلة الثانية ، وله أن الدافع أودع نصفه بغير أمر المودع فيضمنه ، وهذا لأنه إنما رضى بأمانتهما فكان رضى بأمانة كل واحد منهما في النصف ، لأن إضافة الفعل إليهما تقتضى التبعض كالتليكات ، إلا أنا جوزناه فيما لا يقسم ضرورة عدم التجزى وعدم إمكان اجتماعهما عليها ، ولأنه لما لم يمكن قسمتها ولا الاجتماع عليها دائماً كان راضياً بذلك دالة ، وعلى هذا الوكيلان والصبيان والمرهتان والمعدلان في الرهن والمستبضعان (١) . قال (ولو قال أحفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر في الدار لم يضمن) لعدم تفاوتهما في الحرز إلا أن تكون داراً كبيرة متباعدة الأطراف والبيت الذى نهاه عنه عورة فانه يضمن لأنه مفيد . قال (ولو خالفه في الدار ضمن) لأن الدور تختلف في الحرز فكان مفيداً . قال (ولو ردّ الوديعة إلى دار مالكيها ولم يسلمها إليه ضمن) لأن المالك ما رضى بدفعها إلى داره ولا إلى من في عياله ظاهراً إذ لو رضى بهم لما أودعها ، ولو وضع الثياب في الحمام ولم يقل شيئاً

(١) في نسخة أخرى : والمستبضعان .

كتاب اللقيط

وَهُوَ حَرْ وَنَفَقَتُهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ ،

ودخل الحمام ينظر إن كان في الحمام ثيابي يحفظ الثياب فالضبان عليه دون الحمأى لأنه استودعه دلالة ، وإن لم يكن ضمن الحمأى ؛ ولو قال للحمأى : أين أضع الثياب فأشار إلى مكان يضمن الحمأى دون الثياب لأن الحمأى صار مودعا ؛ ولو وضع الثياب بمحضر من الحمأى فخرج آخر ولبسها والحمأى لا يدرى أنها ثيابه أم لا ضمن الحمأى ؛ وإن نام الحمأى فسرقت الثياب إن نام قاعدا لم يضمن لأنه لم يترك الحفظ ، وإن نام مضطجعا ضمن والخان كالحمام ، والدابة كالثياب ، والخاني كالحمأى .

قام واحد من أهل المجلس وترك كتابه أو متاعه فاللاقون مودعون حتى لو تركوه فهلك ضمنوا ؛ فإن قام واحد بعد واحد فالضبان على آخرهم لأنه تعين حافظا .

كتاب اللقيط

وهو فعل من اللقط والالتقاط بمعنى مفعول ، ومعناه العثور على الشيء مصادفة من غير طلب ولا قصد . قال الرازي يصف ماء آجتا :

ومنهل وردته التقاطا أخضر مثل الزيت لما شاطا

أي وردته من غير طلب ولا قصد ، شاط الزيت إذا نضج حتى احترق ، وكذلك اللقيط يوجد من غير طلب ، والتقاط صغار بني آدم مفروض إن علم أنه يهلك إن لم يأخذه بأن كان في مفازة أو بر أو مسبعة دفعا للهلاك عنه ، فإن غلب على ظنه عدم الهلاك بأن كان في مصر أو قرية فأخذه مندوب لما فيه من السعي في إحياء نفس محترمة ، قال الله تبارك وتعالى - ومن أحيائها فكأنما أحيانا الناس جميعا - وعن علي رضي الله عنه أنه قال للملقط : لأن أكون وليت منه مثل ما وليت أنت كان أحب إلي من كذا وكذا .

قال (وهو حر) تبع الدار ، ولأن الأصل في بني آدم الحرية (ونفقته في بيت المال) لما روى عن سنين أبي جميلة قال : وجدت منبؤذا على بابي : أي لقيطا ، فأنيبت عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال لي : عسى الغوير أبوسا (١) نفقته علينا وهو حر . وهذا مثل

(١) قوله عسى الغوير أبوسا : قال في مجمع الأمثال الميداني : الغوير تصغير غار والأبوس جمع بوس وهو الشدة ، وأصل هذا المثل فيما يقال من قول الزباء حين قالت لقومها عند رجوع قصير من العراق وبات بالغوير على طريقه : عسى الغوير أبوسا : أي لعل الشر يأتيكم من قبل الغار . وجاء رجل إلى عمر رضي الله عنه يحمل لقيطا ، فقال عمر :

وَمِيرَاثُهُ لِبَيْتِ الْمَالِ ، وَجَنَائِزُهُ عَلَيْهِ ، وَدَيْتُهُ لَهُ وَوَلَاؤُهُ ، وَالْمُلْتَظُّ
أَوَّلُ يَوْمٍ مِنْ غَيْرِهِ ، وَهُوَ مُتَبَرِّعٌ فِي الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ الْقَاضِي
بِشَرْطِ الرَّجُوعِ ، وَمَنْ ادَّعَى أَنَّهُ ابْنُهُ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ ، وَإِنْ ادَّعَاهُ اثْنَانِ
مِمَّا ثَبَتَ مِثْلُهُمَا إِلَّا أَنْ يَذْكُرَ أَحَدُهُمَا عِلَامَةً فِي جَسَدِهِ .

يقال عند التهمة . قال ابن الأعرابي : إنما عرض عمر بالرجل : أي لملك صاحب القبط ،
يريد أنك زنت بأمة وادعيت له قبطا فشهد له جماعة بالخير فتركه . قال (وميراثه لبیت المال
وجنائزه عليه ، ودينه له وولائه) ليكون الغرم بالغنم ، ولو قتل عمدا فإن شاء الإمام اقتص
وإن شاء صالح على الدية . وقال أبو يوسف : تجب الدية في مال القاتل لا غير لاحتال الولي
وهو الظاهر إلا أنه غائب ولا يقتص دونه . ولهما قوله عليه الصلاة والسلام « السلطان ولي
من لا ولي له » لأن الولي الذي لا يعرف ولا ينتفع به كالأعمى كالمعلم فلا اعتبار به ، وليس له أن
يعفو بالإجماع لأن فيه إبطال حق جماعة المسلمين ، ويحد قاذف القبط ولا يحد قاذف
أمة ، لأن في حجرها ولدا لا يعرف أبوه فكانت تهمة الزنا قائمة كالملاعة . قال (والمتقط
أولى به من غيره) لسبق يده عليه كالمباحات ، فإن سأل القاضي أن يقبله إن شاء قبله وإن
شاء لا لاحتال أنه ولده فينتق عليه من بيت المال ، وكذلك إن علم أنه لقيط لأنه التزم
حفظه وتربيته ، فإن دفعه للمتقط إلى آخر ليس له أن يسترده لأنه رضى بإبطال حقه . قال
(وهو متبرع في الإنفاق عليه) لعدم الولاية (إلا أن يأذن له القاضي بشرط الرجوع)
لعموم ولايته ، فإن أذن له ولم يشترط الرجوع ذكر الطحاوي أنه يرجع عليه بعد البلوغ
لأنه قضى حقا عليه واجبا بأمر القاضي فصار كقضاء دينه بأمره ، والأصح أنه لا يرجع لأنه
أمره بقضاء حق واجب بغير عوض ترغيبا له في إتمام ما شرع فيه من التبرع ، فصار كما إذا
قال له أدّ عني زكاة مالي فإنه لا يرجع إلا بالشرط ، بخلاف الدين لأنه وجب عليه بعوض
ولو لم يأذن له القاضي ، لكن صدقة القبط بعد بلوغه فله الرجوع عليه لأنه اعترف بحقه .
قال (ومن ادعى أنه ابنه ثبت نسبه منه) لما فيه من نفع الصغير ، لأن الناس يشترطون
بالأنساب ويعيرون بعدمها ، وإذا ثبت نسبه ترتب عليه أخذه فقبطل بد للمتقط (وإن
ادعاه اثنان معا ثبت منهما) لعدم الأولوية (إلا أن يذكر أحدهما علامة في جسده) فيكون
أولى بشهادة الظاهر أو لسبقه في الدعوى لأنه ثبت نسبه منه في زمان لا يتنازع فيه غيره ،

= عسى الغوير أبوسا . قال ابن الأعرابي : إنما عرض بالرجل : أي لملك صاحب
هذا القبط . قال : ونصب أبوسا على معنى عسى الغوير يصير أبوسا ، ويجوز أن يقدر
عسى الغوير أن يكون أبوسا . وقال أبو علي : جعل عسى بمعنى كان ونزله منزله . يضرب
للرجل ، يقال : لعل الشر جاء من قبلك ، اه مصححه .

والحرّ والمُسْلِمُ أُولَى مِنَ الْعَبْدِ وَالذِّي ، وَإِنْ ادَّعَاهُ عَبْدٌ فَهُوَ ابْنُهُ وَهُوَ
حُرٌّ ، وَإِنْ ادَّعَاهُ ذِمِّيٌّ فَهُوَ ابْنُهُ وَهُوَ مُسْلِمٌ ، إِلَّا أَنْ يُلْتَقِطَهُ مِنْ بَيْعَةٍ
أَوْ كَتَيْسَةٍ أَوْ زَمٍّ مِنْ قُرَاهُمْ فَيَكُونُ ذِمِّيًّا ، وَمَنْ ادَّعَى أَنَّهُ عَبْدُهُ
كَمْ يُقْبَلُ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ ، وَإِذَا كَانَ عَلَى الْقَيْطِ مَالٌ فَهُوَ مُشْتَدُّدٌ لَهُ وَيُنْفَقُ
عَلَيْهِ مِنْهُ بِأَمْرِ الْقَاضِي ، وَيَقْبَلُ لَهُ الْهَبَةُ ، وَيُسَكَّمُهُ فِي صِنَاعَةٍ ، وَلَا
يُزَوِّجُهُ ، وَلَا يُؤَاجِرُهُ .

إِلَّا إِذَا أَقَامَ الْآخَرُ الْبَيِّنَةَ لَأَنَّهَا أَقْوَى . قَالَ (والحرّ المسلم أُولَى مِنَ الْعَبْدِ وَالذِّي) ومعناه إِذَا
ادَّعَى نَسَبَهُ حُرٌّ وَعَبْدٌ أَوْ مُسْلِمٌ وَذِي فَالْحُرُّ أُولَى مِنَ الْعَبْدِ وَالْمُسْلِمُ أُولَى مِنَ الذِّي ، لِأَنَّ ذَلِكَ
أَنْفَعُ لَهُ (وَإِنْ ادَّعَاهُ عَبْدٌ فَهُوَ ابْنُهُ) لِأَنَّ ثُبُوتَ النَّسَبِ أَنْفَعُ لَهُ (وَهُوَ حُرٌّ) لِمَا تَقَدَّمَ وَلَا
يُلْزَمُ مِنْ رَقٍّ أَيْبِهِ أَنْ يَكُونَ رَقِيقًا ، لِأَنَّ الْعَبْدَ يَزَوِّجُ الْحُرَّةَ (وَإِنْ ادَّعَاهُ ذِي فَهُوَ ابْنُهُ)
لِمَا مَرَّ (وَهُوَ مُسْلِمٌ) لِأَنَّ الْإِسْلَامَ ثَبَتَ لَهُ بِالْإِدَارِ وَإِبْطَالَهُ إِضْرَارٌ بِهِ ، وَلَيْسَ مِنْ ضَرُورَةٍ
كَوْنُ الْأَبِّ كَافِرًا كَخَفَرِ الْوَلَدِ لِاحْتِمَالِ إِسْلَامِ الْأُمِّ . قَالَ (إِلَّا أَنْ يُلْتَقِطَهُ مِنْ بَيْعَةٍ أَوْ كَتَيْسَةٍ
أَوْ قُرْبَةٍ مِنْ قُرَاهُمْ فَيَكُونُ ذِمِّيًّا) لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ أَوْلَادَ الْمُسْلِمِينَ لَا يَكُونُونَ فِي مَوَاضِعِ أَهْلِ
الذِّمَّةِ مِثْلِكَ بِالْعَكْسِ ، فَبِظَاهَرِ الرِّوَايَةِ أَنَّهُ اعْتَبِرَ الْمَكَانَ دُونَ الْوَاجِدِ كَالْقَيْطِ إِذَا وَجَدَهُ
مُسْلِمًا فِي دَارِ الْحَرْبِ . وَرَوَى أَبُو سُلَيْمَانَ عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ اعْتَبَرَ الْوَاجِدَ دُونَ الْمَكَانِ لِأَنَّ الْيَدَ
أَقْوَى ، وَفِي رِوَايَةٍ اعْتَبَرَ الْإِسْلَامَ نَظَرًا لِلصَّغِيرِ . قَالَ (وَمَنْ ادَّعَى أَنَّهُ عَبْدُهُ لَمْ يَقْبَلْ إِلَّا
بَبَيِّنَةٍ) عَمَلًا بِالْأَصْلِ ، وَإِقْرَارُهُ بِالرَّقِّ قَبْلَ الْبُلُوغِ لَا يَقْبَلُ ، وَبَعْدَ الْبُلُوغِ إِنْ أَجْرَى عَلَيْهِ
أَحْكَامُ الْأَحْرَارِ مِنْ قَبُولِ شَهَادَتِهِ وَحْدًا قَاضِيًا لَمْ يَصَحَّ وَقَبْلَ ذَلِكَ يَصَحُّ ، وَلَوْ لَقِطَهُ مُسْلِمٌ
فَادَّعَى نَصْرَانِيَّ أَنَّهُ ابْنُهُ فَهُوَ ابْنُهُ وَهُوَ مُسْلِمٌ لِمَا تَقَدَّمَ ، وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ زَيْ النَّصْرَانِيِّ كَالصَّبِيِّ
وَالزَّوَارِ فَهُوَ نَصْرَانِيٌّ ، لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ وَلَدَ عَلَى فِرَاشِهِ وَلَا اعْتِبَارُ بِالْمَكَانِ . قَالَ (وَإِذَا كَانَ
عَلَى الْقَيْطِ مَالٌ مُشْتَدُّدٌ فَهُوَ) عَمَلًا بِالظَّاهِرِ (وَيُنْفَقُ عَلَيْهِ مِنْهُ بِأَمْرِ الْقَاضِي) لِعُمُومِ وَلَايَتِهِ
وَيَصْدُقُ عَلَيْهِ فِي نَفَقَةِ مِثْلِهِ ، وَقِيلَ لَا يَحْتَاجُ إِلَى أَمْرِ الْقَاضِي لِأَنَّ الْمَالَ لَهُ فَيُنْفَقُ عَلَيْهِ مِنْهُ ،
وَلَهُ وَلَايَةٌ ذَلِكَ فَيَشْتَرِي لَهُ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ مِنَ الْكِسْوَةِ وَالطَّعَامِ وَغَيْرِهَا . قَالَ (وَيَقْبَلُ لَهُ الْهَبَةُ)
لِأَنَّهُ نَفَعَ مَحْضٌ (وَسَلَّمَهُ فِي صِنَاعَةٍ) لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ التَّثْقِيفِ وَفِيهِ مَنَفَعَتُهُ (وَلَا يُزَوِّجُهُ) لِأَنَّهُ
لَا وَلَايَةٌ لَهُ عَلَيْهِ ، وَوَلَايَةُ التَّزْوِيجِ وَالتَّبْيِيعِ وَالتَّشْرِاءِ لِلْإِسْلَامِ لِعُمُومِ وَلَايَتِهِ ، فَإِنْ زَوَّجَهُ
السُّلْطَانُ وَلَا مَالَ لَهُ فَالْمَهْرُ فِي بَيْتِ الْمَالِ ، وَفِي النُّوَاحِ : إِذَا أَمَرَ الْمُتَلَقِّطُ بِخَتَانِ الصَّبِيِّ فَهَلْكَ
ضَمْنُ لَأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ هَذِهِ الْوَلَايَةُ . قَالَ (وَلَا يُؤَاجِرُهُ) وَهُوَ الْأَصَحُّ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِتْلَافَ
مَنْفَعَتِهِ كَالْعَمَلِ بِخِلَافِ الْأَمْرِ لِأَنَّهَا تَمْلِكُ ذَلِكَ ، وَلِهَذَا كَانَ لَهَا إِجَارَتُهُ لِنَفَقَتِهَا وَاسْتِخْدَامِهِ .

كتاب اللقطة

وأخذها أفضل ، وإن خاف ضياعها فواجب ، وهي أمانة إذا أشهد أنه أخذها ليردها على صاحبها ، فإن لم يشهد ضميتها ويعرفها مدة يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك .

كتاب اللقطة

وهي كالقبط في الاشتقاق والمعنى ، وهي يضم اللام وفتح القاف : اسم للمال الملقوط ، وقال بعضهم : هي اسم الملتقط كالضحكة واللمزة والهمزة . فأما المال الملقوط فهو بسكون القاف ، والأوّل أصح .

قال (وأخذها أفضل) لثلاث تصل إليها يد خائنة (وإن خاف ضياعها فواجب) صيانة لحق الناس من الضياع ، وإن كان يخاف على نفسه الطمع فيها وترك التعريف والرد فالترك أولى صيانة له عن الوقوع في المحرم . واللقطة : ما يوجد مطروحا على الأرض ما سوى الحيوان من الأموال لاحفاظ له . والضالة : الدابة تضل الطريق إلى مربطها وأخذها أفضل لأن الغالب في زماننا الضياع ، فإن أخذها وأشهد وعرفها ثم ردها إلى موضعها لم يضمن . وذكر الحاكم في مختصره : أو ردها بعد ما حوّلها ضمن ، لأن بالتحويل التزم الحفظ ، فبالرد صار مضيعا ولا كذلك قبل التحويل . قال (وهي أمانة إذا أشهد أنه يأخذها ليردها على صاحبها) وهو أن يشهد عند الأخذ أنه يأخذها للرد أو يقول من سمعتموه ينشد لقطعة فدلوه على (فإن لم يشهد ضميتها) خلافا لأبي يوسف إذا ادعى أنه أخذها للرد لأن الظاهر من حاله الحسبة لا المعصية . ولهما أن الأصل أن كل متصرف عاقل إنما يتصرف لنفسه ، وقد اعترف بالأخذ الذي هو سبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يصدق إلا ببينة ، وإن قال أخذته لنفسى ضمن بالإجماع باقراره ، وإن تصادقا أنه أخذها ليردها لم يضمن بالإجماع لأن تصادقهما كالبينة . قال (ويعرفها مدة يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك) هو المختار ، لأن ذلك يختلف بقلة المال وكثرتة . وعن أبي حنيفة إن كانت أقل من عشرة دراهم عرفها أياما ، وإن كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا . وعن محمد التقدير بالحول من غير فصل لقوله عليه الصلاة والسلام « من التقط شيئا فليعرفه حولا من غير فصل » وجه الأوّل ما روى عن أبي بن كعب قال « وجدت مائة دينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته عنها ، فقال : عرفها حولا » والعشرة وما فوقها في معناها من حيث وجوب القطع في مرقعة واستباحة الفرج بها ولا كذلك ما دونها .

فإن جاء صاحبها وإلا تصدق بها إن شاء، وإن شاء أمسكتها، فإن جاء وأمضى الصدقة فله ثوابه، وإلا له أن يضمته، أو يضمّن المسكين، أو يأخذها إن كانت باقية، وأيهما ضمن لا يرجع على أحد، ولا يتصدق بها على غنى، ويتنقص بها إن كان فقيراً، وإن كانت شيئاً لا يتبقى عرفته إلى أن يخاف فسادها، ويعرفها في مكان الالتقاط ويجمع الناس. وإن كانت حقيرة كالنوى وقشور الرمان ينتفع به من غير تعريف، وللمالك أخذها،

وروى الحسن عن أبي حنيفة إن كانت مائتي درهم فأفولها عرفها حولا، وفوق العشرة إلى مائة درهم شهراً، وفي العشرة جمعة، وفي ثلاثة دراهم ثلاثة أيام، وفي درهم يوماً، وإن كانت ثمرة ونحوها تصدق بها مكانها، وإن كان محتاجاً أكلها مكانها قدر لكل لقطة على قدرها فكانت والأول سواء. والتعريف أن ينادى في الأسواق والشوارع والمساجد: من ضاع له شيء فليطلب عندي. قال (فإن جاء صاحبها وإلا تصدق بها إن شاء) لإصالة الحق إلى مستحقه بقدر الإمكان، لأن الواجب لإصالة إلى مالكه صورة ومعنى، فإذا تعدت الصورة يوصله إليه معنى وهو الثواب (وإن شاء أمسكتها) لاحتمال مجيء صاحبها (فإن جاء وأمضى الصدقة فله ثوابه) لأنه ماله (وإلا له أن يضمته أو يضمّن المسكين أو يأخذها إن كانت باقية) أما تضمينه فلائه سلم ماله إلى غيره بغير أمره، وإذن الشرع في ذلك لا يمنع الضمان كأكل مال الغير حال المخمصة. وأما تضمين المسكين فلائه قبض ماله بغير أمره. وأما أخذها فلائه وجد عين ماله. قال (وأيهما ضمن لا يرجع على أحد) أما الملتقط فلائه ملكها من وقت التصديق بالضمان فظهر أنه تصدق بماله، وأما الفقير فلائه عوض ما وصل إليه. قال (ولا يتصدق بها على غنى) لقوله عليه الصلاة والسلام: «فإن لم يأت صاحبها فليصدق بها» والصدقة لا تكون على الغنى كالواجبات. قال (ويمنع بها إن كان فقيراً) كغيره من الفقراء، ويعطيا أهلهم إن كانوا فقراء لما مر. قال (وإن كانت شيئاً لا يبقى) كاللحم والذبن والفواكه الرطبة ونحوها (عرفه إلى أن يخاف فسادها) ثم يتصدق به خوفاً من الفساد وفيه نظر لصاحبها بالثواب دنيا وأخرى (ويعرفها في مكان الالتقاط ويجمع الناس) فهو أجدر أن يصل صاحبها. ويسأل رجل علياً رضي الله عنه فقال: اذهب حيث وجدتني فإني وجدت صاحبها فادفعها إليه وإلا فصدق بها، فإن جاء صاحبها فخيره بين الأجر والقيمة. قال (وإن كانت حقيرة كالنوى وقشور الرمان ينتفع به من غير تعريف) لأن رطبها لإباحة للأخذ دلالة. قال (وللمالك أخذها) لأن الإباحة لا تسقط الملك عن العين خصوصاً لغير معين، وإن كان كثيراً لم يميز للملتقط

وَالسَّبِيلُ بَعْدَ الْحَصَادِ إِذَا جَمَعَهُ فَهُوَ لَهُ خَاصَّةٌ ، وَيَجُوزُ التَّقَاطُ الْإِبِلِ
وَالْبَقَرِ وَالْغَنَمِ وَسَائِرِ الْحَيَوَانَاتِ ، وَهُوَ مُتَبَرِّعٌ فَيَا أَنْفَقَ عَلَيْهَا ، فَإِنْ كَانَ كَمَا
مَنْفَعَةٌ أَجَرَهَا بِإِذْنِ الْحَاكِمِ وَأَنْفَقَ عَلَيْهَا ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَمَا مَنْفَعَةٌ بِأَعْيُنِهَا
إِنْ كَانَ أَصْلَحَ ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا فَلَهُ حَبْسُهَا حَتَّى يُعْطِيَهُ النِّفَقَةَ ، فَإِنْ
امْتَنَعَ بَيَعَتْ فِي النِّفَقَةِ ، فَإِنْ هَلَكَتْ بَعْدَ الْحَبْسِ سَقَطَتِ النِّفَقَةُ وَقَبِلَ
الْحَبْسُ لَا ؛ وَلَيْسَ فِي رَدِّ اللَّقْطَةِ وَالضَّالَّةِ وَالصَّبِيِّ الْحُرِّ شَيْءٌ وَاجِبٌ ؛

الانتفاع به . قال (والسبيل بعد الحصاد إذا جمعه فهو له خاصة) بدلالة الحال وعليه جميع
الناس في جميع البلاد . قال أبو يوسف : من ألقى شاة ميتة فجاء آخر فأخذ صوفها وجلدها
ودبغها فهو له ، فإن جاء صاحبها فله أخذ الصوف والجلد وعليه ما زاد الدباغ كالغاصب .
غريب مات في دار رجل ليس له وارث معروف وخلف مالا وصاحب المنزل فقير
فله الانتفاع به بمنزلة اللقطة . قال (ويجوز التقاط الإبل والبقر والغنم وسائر الحيوانات)
لأنه مال يتوهم ضياعه فيستحب أخذه ليرده على صاحبه صيانة لأموال الناس ، وما روى
أنه عليه الصلاة والسلام سئل عن ضالة الإبل فقال : « مالك ولها عليها حذائوها ومعها سقاؤها ترد
الماء وترعى الشجر » . وسئل عليه الصلاة والسلام عن ضالة الغنم فقال : « هي لك أولًا وليك
أو للذئب » فجوابه أن ذلك كان في زمن النبي صلى الله عليه وسلم حين كان الخوف من
الافتراس لا من أخذ الناس ، أما اليوم كثرت الفساد والحياة وقلة الأديان والأمانة فكان
أخذه أولى . قال (وهو متبرع فَيَا أَنْفَقَ عَلَيْهَا) لعدم ولايته على مالها إلا أن يأذن له
القاضي فيكون دينًا على صاحبها لعموم ولايته وفي ذلك نظر للمالك . قال (فإن كان لها
منفعة أجراها باذن الحاكم وأنفق عليها) لأن فيه بقاء الملك على مالكه من غير أن يلزمه
دين فكذلك حكم الآبق (وإن لم يكن لها منفعة باعها إن كان أصلح) وإن كان الأصلح
الإفناق عليها أمر بذلك وجعلها دينًا على مالها لأن ولايته نظرية . وللقاضي أن يأمره
بالنفقة عليها يومين وثلاثة رجاء مجيء صاحبها ، وبعد ذلك يبيعها لئلا تستأصلها النفقة فلا
نظر حينئذ في حقه . قال (فإن جاء صاحبها فله حبسها حتى يعطيه النفقة) لأنه استفاد الملك
من جهته لأنه صار هالكًا معنى وقد أحياء بنفقته فصار كالبائع (فإن امتنع بيعت
في النفقة) كالرهن لأن أمر القاضي كأمره ، فصار كأنه أنفق عليها وحبسها بأمره (فإن
هلكت بعد الحبس سقطت النفقة) كالرهن (وقبل الحبس لا) لأنها أمانة . قال (وليس
في رد اللقطة والضالة والصبي الحر شيء واجب) لأنه متبرع في الرد فإن أعطاه المالك
شيئًا فحسن ، بخلاف الآبق لأن جمعه واجب نصًا لا قياسًا . وعن الكرخي في اللقطة :
إذا قال مز . وجعلها فله كذا فله أجر مثله لأنها إجارة فاسدة . وعن أبي يوسف :

وَمَنْ ادَّعَى الْقُطْعَةَ يَحْتَاجُ إِلَى الْبَيِّنَةِ ، فَإِنْ أُعْطِيَ عِلَامَتَهَا جَازَ لَهُ أَنْ يَدْفَعَهَا إِلَيْهِ وَلَا يُجْبَرُ ، وَلِقُطْعَةُ الْحِلِّ وَالْحَرَمِ سَوَاءٌ .

كتاب الآبق

أَخَذَهُ أَفْضَلُ إِذَا قَدَّرَ عَلَيْهِ ، وَكَذَلِكَ الضَّالُّ وَيَدْفَعُهُمَا إِلَى السُّلْطَانِ ، وَيُجْبَسُ الْآبِقُ دُونَ الضَّالِّ ، وَمَنْ رَدَّ الْآبِقَ عَلَى مَوْلَاهُ مِنْ مَسِيرَةِ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَصَاعِدًا فَلَهُ عَلَيْهِ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا وَبِحَسَابِهِ إِنْ نَقَصَتِ الْمُدَّةُ ،

لو ضاعت القطعة فوجدتها آخر لا يكون الأول خصما فيها لأتبعهما سواء في الالتقاط وليس كالستودع ، لأن حفظ الوديعة عليه فله أخذها . قال (ومن ادعى القطعة يحتاج إلى البينة) لأنها دعوى (فإن أعطى علامتها جاز له أن يدفعها إليه ولا يجبر) بلجاز أنه عرفها من صاحبها أو رآها عنده ، ولأن حق اليد كالمالك فلا تستحق إلا ببينة كالمالك إلا أنه يجوز له الدفع عند العلامة لقوله عليه الصلاة والسلام «فإن جاء صاحبها فعرف عفاصها ووكاها» (١) فادعها إليه ، فحملناه على الإباحة حما بينه وبين الحديث المشهور البينة على المدعى ، ولو صدقه ودفعها إليه بغير قضاء ثم جاء آخر وأقام البينة فله أن يضمن أيهما شاء ، ولا يرجع القابض على الدافع ، وإن دفعها بقضاء فهو مجبور فيرجع على القابض لاغير . قال (ولقطة الحل والحرم سواء) لقوله عليه الصلاة والسلام «أعرف عفاصها ووكاها ثم عرفها سنة» مطلقا ، ولأنها لقطة ، وفي التصديق بعد سنة ليصلها إلى مالكها بقدر الوسع على ما تقدم فيشرح وتأويل قوله عليه الصلاة والسلام في الحرم «لا تحمل» لقطته إلا لمنشد «أى لعرف والتخصيص بالحرم لثلاثتهم السقوط طمعا أنها للغرباء .

كتاب الآبق

وهو العبد المارب ، أبق العبد إذا هرب وتأبق إذا استتر ، ويقال : احتبس الآبق إذا هرب واستتر عن مولاه احتبس عنه . قال (أخذه أفضل إذا قدر عليه) لأنه إحياء له وإنقاء له على ملكه (وكذلك الضال) وقيل ترك الضال (٢) أولى لأنه يقف مكانه فيجده صاحبه بخلاف الآبق . قال (ويدفعهما إلى السلطان) لعجزه عن حفظهما (ويجس الآبق دون الضال) لأنه يخاف إباق الآبق دون الضال . قال (ومن ردد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فله عليه أربعون درهما وبحسابه إن نقصت المدّة) لما روى عن

(١) قوله عفاصها ، العفاص : بكسر العين : الوعاء . والوكاء بكسر الواو : مايربط به امرء .

(٢) قوله الضال : أى التائه

فإن كانت قيمته أقل من أربعين درهما فله قيمته إلا درهما (س) ،
وأم الولد والمدر كالتقن والصبي كالبالغ ، ويتبني أن يشهد أنه يأخذه
ليرده ، ولو أبق من يده لا يكرهه شيء ، وإن كان رهنا فاجعل على
المرتبهين ، وإن كان جانيا فعلى مولاه إن فداه ، وعلى ولي الجناية إن
أعطاه له ، وحكمه في النقطة كاللقة .

عمرو بن دينار قال : كان النبي عليه الصلاة والسلام يقول « جعل الآبق أربعون درهما ،
 واجتمعت الصحابة على وجوب الجعل لكن اختلفوا في مقداره ، فهم من قال أربعون
 ومنهم من قال دونها ، فقلنا بوجوب الأربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دون توفيقا
 بين أقوالهم رضى الله عنهم ، ولأن ذلك حامل على رد الآبق وصيانة له عن الضياع إذ
 الحسبة قليلة ، وقوله في نقصان المدة بحسبه أنه مفوض إلى رأى الإمام ، وقيل يقسط لكل
 يوم ثلاثة عشر درهما وثلاث فيقدر الرضخ بقدره وقيل باصطلاحهما . قال (فإن كانت
 قيمته أقل من أربعين درهما فله قيمته إلا درهما) وقال أبو يوسف : له الجعل كاملا لأنه
 منصوص عليه . ولما أنه إنما شرع ذلك لمصلحة المالك فينقص من قيمته درهم لتحصل له
 الفائدة . قال (وأم الولد والمدر كالتقن) لأنهما في معناه من إحياء الملك (والصبي كالبالغ)
 لأنه متونة الملك ، ولورده أبوه أو وصيه فلا جعل لهما لأن الحفظ عليهما وهما يتوليان
 ذلك ، وكذلك أحد الزوجين على الآخر ، وكذلك الابن لأن العادة جرت بالرد من هؤلاء
 ثبورا واصطناعا ، ولورد عبد أبيه أو أخيه أو سائر قرابته لا جعل له إن كان في عياله وإن
 لم يكن فله الجعل ، ولو قال لغيره : أبق عبدى إن وجدته فخذ فقال نعم فردّه لا جعل
 عليه ، لأنه وعده برده فصار متبرعا . ردّ أمة ومعها ولدها فله جعل واحد إلا أن يكون
 مرافقا فيجب ثمانون درهما ، ولو صالح من الجعل على عشرين درهما جاز ، ولو صالحه
 على أكثر من أربعين يحط الفضل لأن المستحق أربعون فالزيادة ربا . قال (ويتبني أن
 يشهد أنه يأخذه ليرده) على ما بينا في اللقطة من الاختلاف والتعليل . قال (ولو أبق من
 يده لا يكرهه شيء) لأنه أمانة لأنه مأذون له في أخذه ولا شيء له لأنه ما رده على مالكة .
 قال (وإن كان رهنا فاجعل على المرتبهين) لأنه وجب بجنابة الرهن وهى في ضمان المرتبهين
 ولأنه أحيا ماليته وهى حقه ، وإن كان بعضه خاليا عن الدين فعلى المالك بقدره من الجعل
 كما في الفداء في الجناية ، ولأن حقه في القدر المضمون عليه ، ولو كان بين جماعة فاجعل
 عليهم بقدر الأنصاء لأنه متونة الملك (وإن كان جانيا فعلى مولاه إن فداه ، وعلى ولي
 الجناية إن أعطاه له) لأن منفعتهم لمن يستقر الملك له والجعل يتبع المنفعة . قال (وحكمه
 في النقطة) في التبرع وإذن القاضي وحسبه بها بعد الرد (كاللقة) اشترى آبقا فردّه

كتاب المفقود

وَحَكْمُهُ أَنَّهُ حَتَّى فِي حَقِّ نَفْسِهِ وَمَيِّتٌ فِي حَقِّ غَيْرِهِ ، وَيُقِيمُ الْقَاضِي مَنْ يَحْفَظُ مَالَهُ وَيَسْتَوْفِي غَلَاتِهِ فِيمَا لَا وَكِيلَ لَهُ فِيهِ ، وَيَبْيِعُ مِنْ أَمْوَالِهِ مَا يَخَافُ عَلَيْهِ الْمَلَكَ ، وَيُنْفِقُ مِنْ مَالِهِ عَلَى مَنْ تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ حَالِ حُضُورِهِ بِغَيْرِ قَضَاءٍ ،

لأجعل له لأنه عمل لنفسه ، وإن قال : لم أقدر على رده إلا بالشراء وإنما اشتريته لأرده وأقام البيئة على ذلك فله الجمل لأنه أخذه ليرده وهو متبرع في الثمن ، وإذا حبس السلطان الآبق مدة ولم يحمي له طالب إن شاء باعه وإن شاء أنفق عليه من بيت المال وجعلها ديناً على المالك أو في ثمنه ، ولا يؤجره خوف الإباق . أما الضال يؤجره ولا يبيعه .

كتاب المفقود

المفقود : المعلوم ، وفقدت الشيء : إذا طلبته فلم تجده ، قال الله تعالى .. قالوا نفقد صواع الملك - أى طلبناه فلم نجده فقد علم . وفى الشرع : الذى غاب عن أهله وبلده أو أسر العدو ولم يدر أحي هو أم ميت ، ولا يعلم له مكان ومعنى على ذلك زمان فهو معلوم بهذا الاعتبار (وحكمه أنه حتى فى حق نفسه) لا تزوج امرأته ولا يقسم ماله ولا تفسخ إجارته ، لأن ملكه كان ثابتاً فى ماله وزوجته ومنافع ما استأجره ، وضيوبته لا توجب الفرقه والموت محتمل ، فلا يزول الثابت باليقين بالاحتمال . وقال عليه الصلاة والسلام فى امرأة المفقود ه هى امرأته حتى يأتيا البيان ه رواء المغيرة بن شعبة . وعن على رضى الله عنه : إنها امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيا موت أو طلاق . وروى عبد الرحمن بن أبى ليلى أن عمر كان يقول : يفرق بينه وبين امرأته إذا مضت أربع سنين ، ثم رجع إلى قول على . قال (و) هو (ميت فى حق غيره) لا يرث ممن مات حال غيبته لأن الحكم يبقائه بناء على استصحاب الحال وأنه يصلح للدفع للاستحقاق . قال (ويقم القاضى من يحفظ ماله ويستوفى غلاته فيما لاوكيل له فيه ، ويبيع من أمواله ما يخاف عليه الملاك) لأن القاضى نصب لمصالح المسلمين نظراً لمن عجز عن التصرف بنفسه كما قلنا فى الصبي والمجنون ، والمفقود عاجز بنفسه فيتصرف له القاضى والنظر له فيما ذكرنا فيقبض ديناً أقر به الغريم ولا يخاصم لأنه وكيل فى القبض من جهته وأنه لا يملك الخصومة بالإجماع ، لأن القاضى يلى الحفظ دون الخصومة ، ولا يبيع ما يخاف عليه الملاك لاقى نفقة ولا غيرها إذ لا نظر فى ذلك . قال (ويتفق من ماله على من تجب عليه نفقته حال حضوره بغير قضاء) كزوجته

فان مضى له من العمر ما لا يعيش أقرانه حكيم بموته .

كتاب الحثي

إذا كان له آلة الرجل والمرأة ، فان بال من أحدهما اعتير به ، فان بال من الذكّر فهو غلام ، وإن بال من الفرج فهو أنثى ، وإن بال منيهما اعتير بأسبقيهما ،

وأولاده وأبويه لأنه إعانة لهم ، وكل من لا يستحقها بحضرته إلا بقضاء فانه لا ينطق عليه كالأخ والأخت ونحوهما لأنه قضاء على الغالب ، والمراد بقوله : من ماله النقدان لأنهما قيمة ما يستحقون من الطعام والمشروب والملبوس ، ولو كان له من جنس ما يستحقونه دفعه إليهم ، وإن كان ماله ديناً أو ودعة ، فان اعترف المديون والمودع بالمال والزوجة والنسب أنفق عليهم منه ، وإن كان ذلك ثابتاً عند القاضي فلا حاجة إلى اعترافهم ، وإن ثبت عند القاضي بعض ذلك يشترط اعترافهما بالباقي ، ولو أنفق المديون والمودع عليهم بغير إذن القاضي ضمتا لأهما ما أوصلا الحثي إلى مالكة ولا نائبه . قال (فان مضى له من العمر ما لا يعيش أقرانه حكم بموته) وهو الأقيس على قول أبي حنيفة لاختلاف الأعمار باختلاف الأزمان . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قلده بمائة وعشرين سنة . وعن أبي يوسف مائة سنة ، وقيل تسعين سنة ، وهو غاية ما تنتهي إليه أعمار أهل زماننا في الأعم الأغلب ، وهو الأرفق لأن في التفحص عن موت الأقران حرجاً ، وباقى مسائل المفقود تأتي في القرائض إن شاء الله تعالى .

كتاب الحثي

وهو مشتق من التخنث وهو التكسر ، يقال : اطو الثوب على أخته : أى على تكسره ومطاويه ، وصمى الحثي لأنه تكسر وتنقص حاله عن حال الرجال ، ويفوق على حال النساء حيث كان له آلة الرجال والنساء . وقال عمر النسقي : أو ليس له هذا ولا هذا ويخرج حديثه من دبره أو من سرته . وذكر في المتقي قال أبو حنيفة وأبو يوسف : إذا خرج البول من سرته وليس له قبل ولا ذكر لأدري ما يقول في هذا (إذا كان له آلة الرجل والمرأة ، فان بال من أحدهما اعتبر به ، فان بال من الذكر فهو غلام ، وإن بال من الفرج فهو أنثى) لأن ذلك دليل على أن الآلة التي يخرج منها هي الأصل والأخرى عيب وسئل صلى الله عليه وسلم عنه كيف يورث ؟ فقال : « من حيث يول » ومثله عن علي رضي الله عنه وهكذا كان حكمه في الجاهلية فأقره الإسلام . قال (وإن بال منهما اعتبر بأسبقيهما)

فإن بالَ مِنْهُمَا مَعَا فَهُوَ خُنْثَى مُشْكِلاً ، ولا مُعْتَبَرٌ بِالكَثَرَةِ (سم) ، فإذا بَلَغَ فَظَهَرَتْ لَهُ أَمَارَاتُ الرِّجَالِ فَهُوَ رَجُلٌ ، وإنْ ظَهَرَتْ لَهُ أَمَارَاتُ النِّسَاءِ فَهُوَ امْرَأَةٌ ، فإنْ لَمْ تَظْهَرْ الْأَمَارَتَانِ أَوْ تَعَارَضَتَا فَهُوَ خُنْثَى مُشْكِلاً .

فإذا حَكِمَ يَكُونُهُ خُنْثَى مُشْكِلاً يُؤْخَذُ قَبْلَهُ بِالْأَحْوَطِ وَالْأَوْثَقِ مِنْ أُمُورِ الدِّينِ فَيُورَثُ أَحْسَنُ السَّهْمَيْنِ وَيَقِفُ بَيْنَ صَفِّ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ فِي الصَّلَاةِ ، وإنْ صَلَّى فِي صَفِّ النِّسَاءِ أَعَادَ ، وَكَتَبَ صَلَاتُهُ فِي صَفِّ الرِّجَالِ يُعِيدُ مَنْ عَنِ يَمِينِهِ وَيَسَارِهِ وَمَنْ خَلْفَهُ بِحُدُودِهِ ، وَيُصَلِّي بِقِنَاعٍ ، وَلَا يَلْبَسُ الْحُلِيَّ وَالْحَرِيرَ ، وَلَا يَخْلُو بِهِ غَيْرُ حَرَمٍ رَجُلٌ وَلَا امْرَأَةٌ ، وَلَا يُسَافِرُ بِغَيْرِ حَرَمٍ ، وَتَبْتَاعُ لَهُ أُمَةٌ تَحْتَنِيهِ ،

لأنه دلالة على أنه العضو الأصلي (فإن بالَ مِنْهُمَا مَعَا فَهُوَ خُنْثَى مُشْكِلاً ولا معتبر بالكثرة) وقال : يعتبر أكثرهما بولا ، لأن للأكثر حكم الكل ولأنه علامة أخرى على الأصالة والقوة ، وله أن الكثرة تكون لاتساع المخرج ، ولا دلالة فيه على الأصالة فإن استويا في القدر فهو مشكل بالإجماع لعدم المرجح . قال (فإذا بلغ فظهرت له أمارات الرجال فهو رجل) وذلك كاللحية وبجامة النساء والاحتلام من الذكر لأن هذه علامة تخص الرجال (وإن ظهرت له أمارات النساء فهو امرأة) كالحيض والحبل ونزول الثدي والبن فيه والجماع في الفرج لأن هذه علامات تخص النساء . قال (فإن لم تظهر الأمارتان أو تعارضتا فهو خُنْثَى مُشْكِلاً) قال الطحاوي : قال محمد : الإشكال قبل البلوغ فإذا بلغ فلا إشكال . قال النسفي : وليس يخلو إذا بلغ من بعض هذه العلام .

فصل

(فإذا حَكِمَ يَكُونُهُ خُنْثَى مُشْكِلاً يُؤْخَذُ فِيهِ بِالْأَحْوَطِ وَالْأَوْثَقِ مِنْ أُمُورِ الدِّينِ) فلا يحكم بما وقع الشك في ثبوته ، ويرجع المحرم على المبيع (فيورث أحسن السهمين) ويعرف بيانه في الفرائض إن شاء الله تعالى (ويقف بين صَفِّ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ فِي الصَّلَاةِ) لأنه إن كان رجلاً لا يجوز وقوفه في صَفِّ النِّسَاءِ لئلا تفسد صلاته ، ولو كان امرأة لا يجوز وقوفها في صَفِّ الرِّجَالِ لئلا تفسد صلاتهم فيقف بينهما . قال (وإن صلى في صَفِّ النِّسَاءِ أَعَادَ) لجواز أن يكون رجلاً (ولو صلى في صَفِّ الرِّجَالِ يعيد من عن يمينه ويساره ومن خلفه بحُدُودِهِ) لاحتمال أنه امرأة . قال (ويصل بقناع) لاحتمال أنه امرأة ، ويجلس كما تجلس المرأة (ولا يلبس الحلّي والحريّر) لاحتمال أنه رجل (ولا يخلو به غير حرم رجل ولا امرأة ، ولا يسافر بغير حرم) احتياطاً . قال (وتبتاع له أمة تحتنه) لأنه لا يجوز أن تحتنه

فَإِذَا خَشَعَتْهُ بَاعِهَا ، وَإِنْ كَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ فَنَ بَيْتِ الْمَالِ ، وَإِذَا مَاتَ وَلَمْ يَسْتَبِنْ حَالَهُ يُعْمَمُ ، ثُمَّ يَكْفَنُ وَيُدفَنُ كَالْجَارِيَةِ .

كتاب الوقف

وَهُوَ حَبْسُ الْعَيْنِ عَلَى مِلْكٍ الْوَاقِفِ وَالتَّصَدُّقُ بِالْمَنْفَعَةِ وَلَا يَلْزَمُ إِلَّا أَنْ يَحْكُمَ بِهِ حَاكِمٌ (مف) ، أَوْ يَقُولَ : إِذَا مِتُّ فَقَدْ وَقَفْتُهُ ،

رجل ولا امرأة لما بينا ، ويجوز لجاريته النظر إلى فرجه رجلا كان أو امرأة (فإذا خشعته باعها) لاستغفائه عنها (وإن لم يكن له مال فن بيت المال) لأنه لمصالح المسلمين ، وإذا كان صغيرا لا يشهى جاز خشعته للرجل والمرأة ، وعن أبي حنيفة أنه يزوج امرأة ، فإن كان رجلا صح النكاح وحل لها النظر إلى فرج زوجها ، وإن كان امرأة فلا نكاح ، لكن يجوز للمرأة النظر إلى فرج المرأة للضرورة ، ولا يرث الخنثى من مولى أبيه لاحتمال أنه أنثى ولو أوصى لحمل فلانة بألف إن كان ذكرا وبخمسةائة إن كان أنثى فولدت خنثى فله خمسةائة احتياطا إلا أن يبين غير ذلك . وإن قتله قاتل خطأ وقال إنه أنثى فالقول قوله لإنكاره الزيادة ولا قصاص في أطرافه أصلا ، ولو ارتد لا يقتل ولا يدخل في القسامة ولا تقرر عليه الجزية لو كان كافرا ، ولو أسر لا يقتل لاحتمال أنه أنثى ولا يحد قاذفه لأنه إن كان رجلا فهو كالحبوب ، وإن كان امرأة فهي كالرثاء ، ولا يحد قاذفهما لأن الحد لنفي التهمة وهي منتفية عنهما ، ولو قال لامرأته : إن كان أول ولد تلدينه غلاما فأمرأته طالق أو فعبده حرّ فولدت خنثى لا يحنث مالم يستبين أمره . ولو قال : كل عبد له حرّ ، أو كل أمة له حرة لا يعتق الخنثى حتى يستبين أمره ، ولو بان أحد الأمرين عتق للثيقن (وإذا مات ولم يستبين حاله يمّم ثم يكفن) لأنه لا يجوز غسله للرجال ولا للنساء احتياطا فقد تعمّر غسله فيمّم ، وإذا اجتمعت الجنائز جعلت جنازته بين جنازة الرجل والمرأة لما مر في الصلاة في حياته (ويدفن كالجارية) احتياطا .

كتاب الوقف

الوقف في اللغة : الحبس ، يقال : وقفت الدابة إذا حبستها على مكانها ، ومنه الموقوف لأن الناس يوقفون فيه : أى يحبسون للحساب . وفي الشرع : حبس شيء معلوم بصفة معلومة على ما نية إن شاء الله تعالى (وهو حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة ، ولا يلزم إلا أن يحكم به حاكم ، أو يقول : إذا مت فقد وقفته) وأجعت الأمة على جواز أصل الوقف، لما روى أنه عليه الصلاة والسلام تصدق بسبع حواظ

في المدينة ، وكذلك الصحابة وقفوا ، والخليل صلوات الله عليه وقف وقفا هي باقية جارية إلى يومنا. وإنما اختلفوا في كيفية جوارزه ، قال أبو حنيفة وزفر : شرط جوارزه أن يكون موصى به ، أو يقول : إذا مت فقد وقفته حتى لو لم يوص به لا يصح ويبقى على ملكه يجوز بيعه ويورث عنه إلا أن يميزه الورثة فيصير جائزا ويتأبد ، ولو قضى التقاضى بلزومه لزم ونفذ لأنه قضاء في مجتهد ولم يكن لغيره إبطاله . وقال أبو يوسف ومحمد : لا يشترط لجوارزه شيء من ذلك ، وهذا بناء على أن الوقف عند مجس العين على ملكه عملا بمقتضى قوله وقف والتصدق بشرته وغلته المعلومة على المساكين ، ولا يصح التصديق بالمعلوم إلا بالوصية ، وعندهما هو إزالة العين عن ملكه إلى الله تعالى وجعله عبوسا على حكم ملك الله تعالى على وجه يصل نفعه إلى عباده ، فوجب أن يخرج عن ملكه ويخلص لله تعالى ويصير محررا عن التملك ليستديم نفعه ويستمر وقفه للعباد . لهما أن الحاجة ماسة إلى لزوم الوقف ليصل ثوابه إليه على اللوام ، وأنه ممكن باسقاط ملكه وجعله لله تعالى كالمسجد فيجعل كذلك . قال النسفي : وكان أبو يوسف يقول بقول أبي حنيفة حتى دخل بغداد فسمع حديث عمر فرجع عنه وقال : لو بلغ هذا أبا حنيفة لرجع إليه ، وهو ما رواه محمد بن الحسن عن محضر بن جويرية عن نافع عن ابن عمر « أن عمر رضي الله عنه كان له أرض تدعى ثمغ وكانت نخلا نفيسا ، فقال عمر : يا رسول الله إنى استظدت مالا نفيسا أفأصدق به ؟ » فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تصدق بأصله لا بإيع ولا يوهب ولا يورث ، ولكن تنفق ثمرته على المساكين ، فتصدق به عمر رضي الله عنه في سبيل الله وفي الرقاب والمساكين وابن السبيل وذوى القربى ، ولا جناح على من وليه أن يأكل منه بالمعروف أو يوكل صديقا له غير متأثر . ولأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « لا تجس عن فرائض الله » وعن شريح جاء محمد ببيع الحليس . وعن عبد الله بن زيد « أنه تصدق بضحية له ، فشكاها أبوه إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال له : ارجع في صدقتك » ولأن شرائط الواقف تراعى فيه ، ولو زال عن ملكه لم تراعى كالمسجد ، ولأنه يحتاج إلى التصديق بالغلة دائما ، ولا ذلك إلا ببقاء العين على ملكه ، ثم عند محمد لصحة الوقف أربعة شرائط : التسليم إلى المتولى ، وأن يكون مفرزا ، ألا يشترط لنفسه شيئا من منافع الوقف ، وأن يكون مؤبدا بأن يجعل آخره للفقراء . لما روى عن عمر وابن عباس ومعاذ رضي الله عنهم أنهم قالوا : لا تجوز الصدقة إلا بحوزة مقبوضة ، ولأن التملك حقيقة من الله لا يتصور لأنه مالك الأشياء ، وإنما يثبت ذلك ضمنا للتسليم إلى العبد كالزكاة ، ولأنه متى كان له شيء من منافع الوقف لم يخلص لله تعالى . وقال أبو يوسف : شيء من ذلك ليس بشرط لأنه إسقاط وصار كالإعتاق ، وأخذ مشايخ خراسان بقول أبي يوسف ترجيا

وَلَا يَحْجُوزُ وَقْفُ الْمُشَاعِ (س) ، وَإِنْ حُكِمَ بِهِ جَازٌ ، وَلَا يَحْجُوزُ حَتَّى يَنْجُمَلَ
آخِرُهُ لِحُجَّتِهِ لَا تَنْقَطِعُ (س) أَبَدًا ، وَيَحْجُوزُ وَقْفُ الْعَقَارِ ، وَلَا يَحْجُوزُ وَقْفُ
الْمَنْقُولِ (س) ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ جَوَازُ وَقْفِ مَا جَرَى فِيهِ التَّعَامُلُ كَالْفَأْسِ
وَالْقُدُومِ وَالْمِنْشَارِ وَالْقُدُورِ وَالْحِنَازَةِ وَالْمَصَاحِفِ وَالْكِتَابِ ،

لِلنَّاسِ فِي الْوَقْفِ . قَالَ الْخَصَافُ : ذَكَرَ الْوَقْفَ ذَكَرَ التَّأْيِيدَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ . وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ
لَا بَدَّ مِنْ ذِكْرِهِ . قَالَ الْقَاضِي أَبُو عَاصِمٍ : قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ أَقْوَى لِمُقَارَبَةِ بَيْنِ الْوَقْفِ وَالْمَلِكِ
إِذْ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَعْنَى التَّمْلِكِ وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ أَقْرَبُ إِلَى مُوَافَقَةِ الْأَثَرِ ، وَبِهِ أَخَذَ مُشَابِغُ
بُخَارَى . قَالَ (وَلَا يَحْجُوزُ وَقْفُ الْمُشَاعِ) عِنْدَ مُحَمَّدٍ لَمَّا ذَكَرْنَا مِنَ الْأَثَرِ وَلَأنَّ الْقَبْضَ عِنْدَهُ
شَرْطٌ ، وَيَحْجُوزُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ مِنْ تَمَامِ الْقَبْضِ وَلَيْسَ بِشَرْطٍ عِنْدَهُ (وَإِنْ حُكِمَ
بِهِ جَازٌ) بِالْإِجْمَاعِ لَمَّا مَرَّ ، وَإِنْ طَلَبَ الشَّرِيكَ الْقِسْمَةَ يَقْسَمُ لِأَنَّهَا إِفْرَازٌ وَإِنْ كَانَ فِيهَا مَعْنَى
الْمُبَادَلَةِ ، إِلَّا أَنَّا غَلَبْنَا جِهَةَ الْإِفْرَازِ نَظَرًا لِلْوَقْفِ ، فَإِنْ كَانَ الشَّرِيكَ غَيْرَ الْوَاقِفِ يَقَاسِمُهُ ،
لِأَنَّ الْوِلَايَةَ لَهُ ، وَإِنْ كَانَ هُوَ يَقَاسِمُهُ الْقَاضِي لِثَلَاثِ طَرَفَيْنِ ، وَلَا يَحْجُوزُ أَخَذَ الدِّرَاهِمَ
لِلْوَقْفِ لِأَنَّهُ يَصِيرُ بَيْعًا لِلْوَقْفِ ، وَيَحْجُوزُ أَنْ يُعْطِيَهِ دِرَاهِمَ مِنَ الْوَقْفِ لِأَنَّهُ يَصِيرُ مُشْتَرِيًا لِلْوَقْفِ
وَمَا لَا يَجْمَعُ الْقِسْمَةَ يَحْجُوزُ مَعَ الشُّبُوعِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ اعْتِبَارًا بِالصَّدَقَةِ وَالْهَبَةِ ، وَلَا يَحْجُوزُ الشُّبُوعُ
فِي الْمَسْجِدِ وَالْمَقْبَرَةِ بِالْإِجْمَاعِ ، لِأَنَّ الشَّرَكَةَ تَنَاقُ الْخُلُوصَ اللَّهُ تَعَالَى وَالتَّهَابُوتُ فِيهَا قَبِيحٌ بِأَنَّهُ
يَصِلُ فِيهِ يَوْمًا وَيَسْكُنُ يَوْمًا وَيَدْفَنُ فِيهِ شَهْرًا وَيَزْرَعُ شَهْرًا ، بِخِلَافِ غَيْرِهَا مِنَ الْوُقُوفِ لِأَنَّ
الِاسْتِفْلَالَ مُمْكِنٌ غَيْرُ مُسْتَبِشِعٍ . قَالَ (وَلَا يَحْجُوزُ حَتَّى يَجْمَلَ آخِرُهُ لِحُجَّتِهِ لَا تَنْقَطِعُ أَبَدًا) وَقَالَ
أَبُو يُوسُفَ : يَحْجُوزُ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ التَّقَرُّبَ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى . وَأَنَّهُ يَحْصُلُ بِجِهَةِ تَنْقِطِيعٍ . وَلَهُمَا أَنْ
مُوجِبُهُ زَوَالُ الْمَلِكِ بِدُونِ التَّمْلِكِ وَفَلَكَ بِالتَّأْيِيدِ كَالْعَتَقِ فَإِذَا لَمْ يَتَأَيَّدْ لَمْ يَتَوَفَّرْ عَلَيْهِ مُوجِبُهُ وَلِهَذَا
يُطْلَقُ التَّوَقُّيتُ كَمَا يُطْلَقُ الْبَيْعُ . ثُمَّ قِيلَ التَّأْيِيدُ شَرْطٌ بِالْإِجْمَاعِ إِلَّا أَنَّ مُحَمَّدًا اشْتَرَطَ ذِكْرَهُ لِأَنَّهَا
صَدَقَةٌ بِالْمَنْعَةِ أَوْ بِالْفَالَةِ ، وَقَدْ يَكُونُ مُؤَقَّتًا وَيَكُونُ مُؤَبَّدًا كَمَا فِي الْوَصِيَّةِ ، وَلَا يَتِمُّعِنُ التَّأْيِيدُ
إِلَّا بِالتَّنْصِيبِ . وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَا يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِهِ ، لِأَنَّ ذِكْرَ الْوَقْفِ بِنَفْسِهِ عَنْهُ كَمَا ذَكَرَهُ
الْخَصَافُ . قَالَ (وَيَحْجُوزُ وَقْفُ الْعَقَارِ) لَمَّا مَرَّ مِنَ النُّصُوصِ وَالْأَثَرِ (وَلَا يَحْجُوزُ وَقْفُ
الْمَنْقُولِ) وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ : إِذَا وَقَفَ ضَيْعَةً يَبْقَرُهَا وَأَكْرَمَهَا وَهِيَ عَبِيدُهُ جَازٌ لِلتَّبْعَةِ وَكَذَلِكَ
وَقْفُ الدُّوَلَابِ وَمَعَهُ سَانِيَتُهُ وَعَلَيْهَا حَبْلٌ وَدَلْوٌ . وَلَوْ وَقَفَ بَيْتًا فِيهِ كُوَارَةٌ عَسَلٌ جَازٌ وَصَارَ
النَّحْلُ تَابِعًا لِلْعَسَلِ . وَلَوْ وَقَفَ دَارًا فِيهَا حَمَامٌ صَارَ الْحَمَامُ تَبَعًا لَهُ ، وَهَذَا لِأَنَّ مِنَ الْأَحْكَامِ
مَا يَثْبِتُ تَبَعًا وَلَا يَثْبِتُ مَقْصُودًا كَالشَّرْبِ فِي بَيْعِ الْأَرْضِ وَالتَّابَعِ فِي الشَّعَةِ (وَعَنْ مُحَمَّدٍ جَوَازُ
وَقْفِ مَا جَرَى فِيهِ التَّعَامُلُ كَالْفَأْسِ وَالْقُدُومِ (١) وَالْمِنْشَارِ وَالْقُدُورِ وَالْحِنَازَةِ وَالْمَصَاحِفِ وَالْكِتَابِ)

بمخلاف ما لا تعامل فيه ، والقنوى على قول محمد ، ويجوز حبس الكراع والسلاح ، ولا يجوز بيع الوقف ولا تمليكهُ ، ويبدأ من ارتفاع الوقف بعماريته وإن لم يشترطها الواقف ، فإن كان الوقف على غنى عمرة من ماله ، وإن كان على فقراء فلا تُقدر عليهم ، فإن أبى أو كان فقيراً أجزأها القاضي وعمرها بأجرتها ثم ردها إلى من له السكنى ، وما اتهم من بناء الوقف وآلته صرف في عمارته ،

لوجود التعامل في هذه الأشياء والتعامل يترك القياس كما في الاستصناع . قال عليه الصلاة والسلام : ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، (بمخلاف ما لا تعامل فيه) كالثياب والأمتعة ، لأن من شرط الوقف التأيد كما بينا تركناه في السلاح والكراع بالنص ، وفيما جرى فيه التعامل بالتعامل فبقى ما وراه على الأصل (والقنوى على قول محمد) لحاجة الناس وتعاملهم بذلك . قال (ويجوز حبس الكراع والسلاح) أى وقفه في سبيل الله ، لأن خالد بن الوليد وقف دروعاً في سبيل الله وأجازه رسول الله صلى الله عليه وسلم وجعل رجل ناقته في سبيل الله فأراد آخر أن يبيع عليها فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال الحج من سبيل الله ، وطلحة حبس سلاحه وكراعه في سبيل الله : أى خيله ، والإبل كالخيل لأن العرب تقاتل عليها وتحمل عليها السلاح . قال (ولا يجوز بيع الوقف ولا تمليكهُ) لما مر من حديث عمر رضى الله عنه ، ولأنه يطل التأيد والمقصود من الوقف التأيد . قال (ويبدأ من ارتفاع الوقف بعماريته وإن لم يشترطها الواقف) تحصيلاً لمقصوده ، فانه قصده وصول الثواب إليه بوصول المنفعة أو الغلة إلى الموقوف عليه على الدوام وذلك ببقاء أصله وإنه بالعمارة فكانت العمارة شرطاً لمقتضى الوقف (فإن كان الوقف على غنى عمره من ماله) ليكون الغنى بالغرم لأنه معين يمكن مطالبته (وإن كان على فقراء فلا تقدر عليهم) وغلة الوقف أقرب أموالهم فيجب فيها ، وإن وقف داره على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى ، لأن الخراج بالضمان كنفقة العبد الموصى بخدمته (فإن أبى أو كان فقيراً أجزأها القاضي وعمرها بأجرتها ثم ردها إلى من له السكنى) رعاية للحقين لأنه لو لم يعمرها تقوت السكنى أصلاً فيفوت حقهم في السكنى وحق الواقف في الثواب ، ولا يكره المحتج عن العمارة لأنه يتلف مال نفسه ، ولا يكون بائناً راضياً ببطالان حقه لأنه في حيز التعارض ثم المستحق من العمارة بقدر ما يبق الموقوف على ما كان عليه ، وكذلك لو خرب يبنى كما كان ، لأن بتلك الصفة كانت غلته مصروفة إلى الموقوف عليه فلا حاجة فيه إلى الزيادة ، ومن له السكنى لا يجوز إجارته لعدم مالكيته . قال (وما اتهم من بناء الوقف وآلته صرف في عمارته) مثل الآجر والخشب والقار والأحجار ليبنى

فإن استغنى عنه حيس الوقت حاجته ، وإن تعدد إعادة عينه بيع ، ويصرف الثمن إلى عمارته ، ولا يقسمه بين مستحقى الوقف ؛ ويجوز أن يجعل الواقف غلة الوقف أو بعضها له والولاية إليه ، فإن كان غير مأون نزع القاضي منه وولي غيره ، ومن بنى مسجداً لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن بالصلاة فيه (س) .

على التأييد (فإن استغنى عنه حيس وقت حاجته) فيصرف فيها لأنه لا بد من العماره فيجبه كيلا يتعدر عليه وقت الحاجة (وإن تعدد إعادة عينه بيع ويصرف الثمن إلى عمارته) صرفا له إلى مصرف الأصل (ولا يقسمه بين مستحقى الوقف) لأن العين حق الله تعالى وهذا منها فلا يصرف إليهم غير حقهم . قال (ويجوز أن يجعل الواقف غلة الوقف أو بعضها له والولاية إليه) وقد مر وجهه والاختلاف فيه (فإن كان غير مأون نزع القاضي منه وولي غيره) نظرا للفقراء كإخراج الوصي نظرا للصغير ، وإن شرط أن ليس للقاضي عزله فالشرط باطل بخلافه حكم الشرع ، وإن مات القيم في حياة الواقف نصب غيره لأن الولاية له ووصيه بمنزله ، لأن ولايته للوقف نظرية وهى فيها ذكرنا فإن كان لم يوص إلى أحد فالرأى للقاضي ، ولا يجعل القيم من الأجانب ما دام يجد من أهل بيت الواقف من يصلح لذلك إما لأنه أشفق أو لأن من قصد الواقف نسبة الوقف إليه وذلك فيما ذكرنا ، فإن لم يجد من الأجانب من يصلح ، فإن أقام أجنبيا ثم صار من ولده من يصلح صرفه إليه كما في حقيقة الملك . أرباب الوقف المملوكون إذا نصبوا متوليا بدون رأى القاضي صح إذا كانوا من أهل الصلاح كما إذا اجتمع أهل مسجد على نصب متولٍ جاز لأن الحق لهم . قال (ومن بنى مسجداً لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه) لأنه لم يخلص لله تعالى إلا به . قال (ويأذن بالصلاة فيه) عند أبي حنيفة ومحمد لأنه تسليم وهو شرط عندهما ، وعند أبي يوسف يصير مسجداً بمجرد قوله جعلته مسجداً ، لأن التسليم ليس بشرط كالإعتاق والفرق لما أن العبد في يد نفسه ولا كذلك المسجد ، والتسليم أن يصلى فيه جماعة في رواية الحسن ، لأن المساجد بنيت للجماعة ، ولو صلى فيه واحد أو جماعة وحدانا في رواية لا يصح ، وهو قول محمد لما بينا ، وفي رواية يصح لأنه من خصائص المساجد وبها يتحرر عن حقوق العباد ، قال الله تعالى - وأن المساجد لله - أضافها إلى نفسه إضافة اختصاص كالكعبة ، ولهذا لا يصح فيه شرط الخيار ولا تعيينه الإمام ولا من يصلى فيه ، بخلاف غير المساجد حيث بقى مملوكا ينتفع به كسائر المملوكات سكنى وزراعة حتى لو لم يخلص المسجد لله تعالى بأن كان تحت سرداب أو فوقه بيت ، أو جعل وسط داره مسجداً وأذن للناس بالدخول والصلاة فيه لا يصير مسجداً ويورث عنه ، إلا إذا كان السرداب أو العلو لمصالح

وَمَنْ بَنَى سِقَايَةَ الْمُسْلِمِينَ أَوْ خَانًا لِأَبْنَاءِ السَّبِيلِ أَوْ رِبَاطًا أَوْ حَوْضًا أَوْ حَقَرًا
بِتَرًا أَوْ جَعَلَ أَرْضَهُ مَقْبَرَةً أَوْ طَرِيقًا لِلنَّاسِ لَا يَلْزِمُهُ مَا لَمْ يَحْكُمْ بِهِ حَاكِمٌ
أَوْ يُلْقِيَهُ بِمَوْتِهِ ، وَالْوَقْفُ فِي الْمَرْصِ وَصِيَّةٌ . رِبَاطٌ اسْتَفْنَى عَنْهُ بِصَرْفٍ
وَقَفُّهُ إِلَى أَقْرَبِ رِبَاطٍ إِلَيْهِ ، وَكَتَوْضَاقُ الْمَسْجِدِ وَيَحْتَسِبُهُ طَرِيقُ الْعَامَّةِ يُوسَّعُ
مِنْهُ الْمَسْجِدُ ، وَكَتَوْضَاقُ الطَّرِيقِ يُوسَّعُ مِنَ الْمَسْجِدِ .

المسجد أو كانا وقفا عليه ، وعن محمد أنه لما دخل الرى أجاز ذلك بكل حال لضيق
النازل . وعن أبي يوسف مثله لما دخل بغداد ، ولو خرب ما حول المسجد وتفرق الناس
عنه يعود ملكا ويورث عنه عند محمد خلافا لأبي يوسف . وذكر بعضهم قول أبي حنيفة
مع أبي يوسف وبعضهم مع محمد . قال (ومن بنى سقاية للمسلمين أو خانا لأبناء السبيل
أو رباطا أو حوضا أو حفر بئرا أو جعل أرضه مقبرة أو طريقا للناس) فعند أبي حنيفة
(لا يلزم ما لم يحكم به حاكم أو يعلقه بموته) على ما تقدم من أصله ، لأنه لم ينقطع حقه عنه
حتى جاز له أن يستق وي سكن ويدفن ويشرب من الحوض ، بخلاف المسجد لأنه لم يبق
له فيه حق . وعند أبي يوسف يلزم بالقول لما تقدم إذ التسليم ليس بمشروط . وعند
محمد يشترط التسليم ، وهو الاستقاء من السقاية والبئر والدفن في المقبرة والازول في الخان
والرباط والشرب من الحوض ويكتفى فيه بفعل الواحد لتعذر الجلس ، ولو نصب له متول
وسلمه إليه جاز لأنه نائب عن الموقوف عليهم ، وكذلك إن سلم المسجد إلى متول يقوم
بمصلحته يجوز ، وإن لم يصل فيه هو الصحيح ، وكذا إن سلمه إلى القاضي أو نائبه ،
ويستوى في ذلك الفقراء والأغنياء عرقا لحاجة الكل إلى ذلك . قال (والوقف في المرض
وصية) لأنه تبرع فصار كسائر التبرعات . قال (رباط استفنى عنه يصرف وقفه إلى أقرب
رباط إليه) لأنه أصلح . رباط على بابه قنطرة ولا يتنفع بالرباط إلا بالعبور عليها وليس لها
وقف يجوز أن تعمر بما فضل من وقف الرباط لأنها مصلحة العامة (ولو ضاق المسجد
ويحتسبه طريق العامة يوسع منه المسجد) لأن كليهما للمسلمين نص عليه محمد (ولو ضاق
الطريق وسع من المسجد) عملا بالأصلح ، ويجوز القضاء بالشهادة القائمة على الوقف من
غير دعوى لأنه من حقوق الله تعالى فلا تحتاج إلى مدع وهو مجتهد فيه فينفذ بالإجماع .

فصل

وقف على الفقراء وله بنت فقيرة صغيرة إن وقف في صحته يجوز الصرف إليها وفي
مرضه لا لأنه بمنزلة الهبة . اشترى القيم ثوبا وأعطى المساكين لايحوز ، لأن حقه
في الدراهم . إذا غرس القيم في المسجد فهو للمسجد كالبنا ، وإن غرس على نهر العامة

فهو له ، وله أن يرفضه لأنه ليس له ولاية على العامة ؛ ولا يجوز الوقف على الأغنياء وحدهم لأنه ليس بقرية ولا يستجلب الثواب وصار كالصدقة ، ولو وقف على الأغنياء وهم يحصون ثم من بعدهم على الفقراء جاز ، ويكون كما شرط لأنه قرية في الجملة بأن انقرض الأغنياء . ولو قال أرضي هذه صدقة موقوفة على الفقراء يدخل فقراء قرابته وأولاده ، وصرف الغلة إليهم أولى من صرفها إلى الأجانب لأنه صدقة وصلة ، ثم للصرف إلى ولده أفضل لأن الصلة في حقه أوجب وأجزل ، ثم إلى قرابته ، ثم إلى مواليه ، ثم إلى جيرانه ثم إلى أهل مصره أقربهم منزلاً إلى الواقف ، هكذا ذكره هلال بن يحيى الرزائي : وينبغي أن يعطى الكل في بعض الأوقات ، لأنه إذا صرف الكل إليهم دائماً وقدم المهد ربما اتخذوه ملكاً لأنفسهم ، ويكره أن يعطى كل فقير مائتي درهم لأنها صدقة فأشبهت الزكاة ، ولا يكره ذلك إذا قال على فقراء قرابته لأنه كالوصية ، وإذا وقف على ولده وولد ولده يدخل فيه ولد صلبه وولد ولده الموجودين يوم الوقف وبعده ، ويشترك البطنان في الغلة ، ولا يدخل من كان أسفل من هذين البطين لأنه خصهما بالذكر ، وفي دخول أولاد البنات روايتان تذكر في الوصايا إن شاء الله تعالى . ولو قال على ولدي وولد ولدي ، وأولادهم تدخل البطون كلها وإن سفلوا ، الأثر والأبعد فيه سواء لأنه ذكر أولادهم على العموم ، ولو قال على أولادي يدخل فيه البطون كلها لعموم اسم الأولاد ، ولكن يقدم البطن الأول فإذا انقرض فالثاني ، ثم من بعدهم يشترك جميع البطون فيه على السواء قريبهم وبعيدهم ، لأن المراد صلة أولاده وبرهم ، والإنسان يقصد صلة ولده لصلبه لأن خدمته إياه أكثر وهم إليه أقرب فكان عليه استحقاقه أرجح ، ثم النافلة قد يخدمون الجسد فكان قصد صلبهم أكثر ، ومن عدا هذين قل ما يترك الرجل خدمتهم فيكون قصده برهم وصلتهم لتبنيهم إليه لا لخدمتهم له ، وهم في النسبة إليه سواء فاستروا في غلة الاستحقاق . وقف على فقراء قرابته فن أثبت القرابة والفقر بالينة يستحق وإلا فلا ، والينة على القرابة إن لم يفسروها لا تقبل الشهادة لتنوع القرابة واختلافها ، كما إذا شهدوا أنه وارث لا تقبل ما لم يفسروا جهة الإرث ، والينة على الفقر لا تنسم ما لم يقل الشهود : إنه فقير معلم لا نعلم له مالا ولا أحدا تلمز نفقته ، لأن كل من له نفقة على غيره بغير قضاء لا حظ له في هذا الوقف كالولد الصغير ونحوه لأنهم يأخذون النفقة فيصيرون بها أغنياء ، ومن لا يستحق النفقة إلا بقضاء كالإخوة ونحوهم له حظ في هذا الوقف ، والقضاء بفقره في الوقف لا يكون قضاء بفقره في حق الدين ، والقضاء لفقره في حق الدين قضاء بفقره في حق الوقف ، لأن من له مسكن وخادم وعروض الكفاية فقير في حق الوقف دون الدين ، ولو قال على أقرب قرابتي فبنت

بنت البنت أولى من الأخت لأبوين لأنها من صلبه والأخت من صلب أبيه ولا يعتبر الإرث.

فصل

لا يجوز إجارة الوقف أكثر من المدة التي شرطها الواقف ، لأنه يجب اعتبار شرط الواقف لأنه ملكه أخرجه بشرط معلوم ولا يخرج إلا بشرطه ، فإن لم يشرط مدة فالمقدمون من أصحابنا قالوا : يجوز إجارته أى مدة كانت ، والمتأخرون قالوا : لا يجوز أكثر من سنة لثلاث يتخذ ملكا بطول المدة فتندرس سمة الوقفية ويسم بسمه الملكية لكثرة الظلمة في زماننا وتغلبهم واستحلالم ، وقيل يجوز في الضياع ثلاث سنين وفي غير الضياع سنة وهو المختار ، لأنه لا يرغب في الضياع أقل من ذلك ، ولا يجوز إجارته إلا بأجر المثل دفعا للضرر عن الفقراء ، فلو أجره ثلاث سنين بأجرة المثل ثم ازدادت لكثرة الرغبات لانتقض الإجارة ، لأن المعتبر أجر المثل يوم العقد ، وليس للموقوف عليه إجارة الوقف إلا أن يكون ولها من جهة الواقف أو نائبها عن القاضي ، وإذا أجره القاضي أو نائبه أو الولي لانتسخ الإجارة بموته ، لأنه كالوكيل عن الموقوف عليهم ، والعقود لانتسخ بموت الوكيل ، ولو سكنه الموقوف عليه إن شرط الواقف السكنى له فله ذلك ، وإن شرط الغلة له ، قبل ليس له ذلك ، وقيل له لأن له أن يسكنها غيره بالإجارة فهو أولى ، والأحوط أن يؤثرها القيم من غيره ويعطيه الأجرة ، ولا يجوز إجارة الوقف وإسكانه لأن فيه إبطال حق الفقراء ، ولا يصح رهنه فإن سكنه المرتهن يجب عليه أجر مثله ، وكذا لو باع المتولى منزلا موقوفا فسكنه المشتري ، ثم فسخ البيع فعلى المشتري أجر مثله والفتوى في غصب عقار الوقف وإتلاف منافعه وجوب الضمان نظرا للوقف وهو المختار ، ولو استدان القيم للخراج والإجاريات إن أمره الواقف بذلك جاز ، وإن لم يأمره فالأصح أنه إن لم يكن له بد من ذلك يرمع الأمر إلى القاضي حتى يأمره بالاستدانة ثم يرجع في الغلة . قيم اشترى من غلة المسجد حانوتا للمسجد يجوز بيعه عند الحاجة لأنه من غلة الوقف وليس بوقف ، لأن صحة الوقف تعتمد الشرائط ولم توجد فيه . رجل وقف على ساكني مدرسة كذا من طلبة العلم فسكنها متعلما لا يبيت فيها جاز له ذلك إن كان يأوى في بيت من بيوتها ، وله فيه آلة السكنى . لأنه يعد ساكنا فيه ، ولو اشتغل بالليل بالحراسة وبالنهار يقصر في التعليم ، فإن كان مشغلا بعمل آخر لا يعد به من طلبة العلم لا يخل له ذلك ، وإن لم يشتغل وهو يعد من طلبة العلم حل ؛ ولو وقف على ساكني مدرسة كذا ولم يقل من طلبة العلم فهو الأول سواء لأن التعارف في ذلك إنما هو طلبة العلم دون غيرهم ، ومن كان يكتب الفقه لنفسه ولا يتعلم فله الوظيفة

كتاب الهبة

وَتَصِحُّ بِالْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ وَالْقَبْضِ ، فَإِنْ قَبِضَهَا فِي الْمَجْلِسِ يَشِيرُ إِذْنِهِ
جَازٌ ، وَيَعْتَدُ الْإِفْتِرَاقُ يَفْتَقِرُ إِلَى إِذْنِهِ ،

لأنه متعلم ، وإن كتب لغيره بأجرة لا يحل له ، وإن خرج من المهر مسيرة ثلاثة أيام
فصاعدا لأوظيفة له لأنه لم يبق ساكتا ، وإن خرج ما دون ذلك إلى بعض القرى وأقام
خمس عشرة يوما فلا وظيفة له ، فإن أقام أقل من ذلك فإن كان لا بد له منه كطلب القوات
ونحوه فله الوظيفة ، وإن خرج للتزده لا يحل له .

كتاب الهبة

وهي العطية الخالية عن تقدم الاستحقاق ، يقال : وهبته ووهبت منه ، قال تعالى
- هب لمن يشاء إنا لله وبه لمن يشاء الذكور - والإتهاب : هبول الهبة ، ولهذا شرط فيها
القبض ، لأن تمام الإعطاء بالدفع والتسليم ، وهو أمر مندوب وصنيع محمود محبوب ،
قال عليه الصلاة والسلام « تهادوا تحابوا » وفي رواية « تهابوا » وقوله سنة ، فإنه صلى الله
عليه وسلم قبل هدية العبد ، وقال في حديث بريرة « هو لها صدقة ولنا هدية » وقال عليه
الصلاة والسلام « ولو أهدى إلى طعام لقبلت ، ولو دعيت إلى كراع لأجبت » وإليها
الإشارة بقوله تعالى - فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا - أي طابت نفوسهن بثلثي من ذلك
فوهبته منكم - فكلوه هنيئا مريئا - وهي نوعان : تمليك ، وإسقاط ، وعليها الإجماع .
قال (وتصح بالإيجاب والقبول والقبض) أما الإيجاب والقبول فلا نه عقد تمليك ولا بد
فيه منهما . وأما القبض فلا إن الملك لو ثبت بكونه لزم المتبرع شيء لم يلزمه وهو التسلم
بخلاف الوصية ، لأنه لا إلزام للميت لعدم الأهلية ولا للوارث لعدم الملك ، ولأن الملك
بالتبرع ضعيف لا يلزم ، وملك الواهب كان قويا فلا يلزم بالسبب الضعيف ، وقد روى
عن جماعة من الصحابة مرفوعا وموقوفا « لا تجوز الهبة والصدقة إلا مقبوضة محوزة » والمراد
الملك لأن الجواز ثابت بكونه إجماعا . قال (فإن قبضها في المجلس بغير إذنه جاز ، وبعد
الافتراق يفتقر إلى إذنه) والقياس أن لا يجوز في الوجهين إلا باذنه لأنه تصرف في ملك
الواهب لبقاء ملكه قبل القبض . وجه الاستحسان أن التمليك بالهبة تسليط على القبض وإذن له
فصار الموهوب له مأفونا في القبض ضمنا للإيجاب واقتضاء ، والإيجاب يقتصر على المجلس
فكلما ما ثبت ضمنا له وكذلك الصدقة ، بخلاف ما إذا نهاه عن القبض في المجلس ، لأن
الثابت ضمنا لا يعارض الصريح . أو نقول النهي رجوع والقبض كالقبول وأنه يملك الرجوع

وَإِنْ كَانَتْ فِي يَدِهِ مَلَكَهَا بِمَجَرَّدِ الْمِهْبَةِ ، وَهَيْبَةُ الْآبِ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ قِيمَ
بِمَجَرَّدِ الْعَقْدِ ، وَبِمَلَكَ الصَّغِيرِ الْمِهْبَةَ يَقْبِضُ وَلِيِّهِ وَأُمِّهِ وَيَقْبِضُهُ بِنَفْسِهِ .
وَتَتِمُّعُ الْمِهْبَةُ بِقَوْلِهِ : وَهَبْتُ وَتَحَلْتُ وَأَعْطَيْتُ وَأَطْعَمْتُكَ هَذَا الطَّعَامَ
وَأَعْمَرْتُكَ ، وَتَحَلَّتْكَ عَلَى هَذِهِ الدَّابَّةِ إِذَا نَوَى الْمِهْبَةَ ، وَكَسَوْتُكَ هَذَا
الثَّوبَ ، وَهَيْبَةُ الْمَشَاعِ فِيهَا لَا يَقْسَمُ جَائِزَةً

قبل القبض . قال (وَإِنْ كَانَتْ فِي يَدِهِ) كالمودع والمستعير والمستاجر والغاصب (ملكها
بِمَجَرَّدِ الْمِهْبَةِ) لأنه إِنْ كَانَ قبضها أمانة فينوب عن المِهْبَةِ ، وَإِنْ كَانَ ضماناً فهو أقوى من
قبض المِهْبَةِ ، والأقوى ينوب عن الأدنى ، ولو وهب من رجل ثوباً فقال قبضته صار
قابضاً عند أبي حنيفة ، وجعل تمكنه من القبض كالتحلية في البيع . وقال أبو يوسف :
لا بدّ من القبض بيده ، ولو قبض الموهوب له المِهْبَةَ ولم يقل قبلت صحت المِهْبَةُ . قال (وهبة
الآبِ لابنه الصغير تَمَّ بِمَجَرَّدِ الْعَقْدِ) لأنها في يد الآبِ وهو الذي يقبض له فكان قبضه
كقبضه ، وكل من يوله في هذا كالأب ، ولو وهب لابنه الكبير وهو في عياله فلا بدّ من
قبضه ، لأنه لا ولاية له عليه فلا يقبض له . قال (ويملك الصغير المِهْبَةَ بِقبض وليه وأمه
ويقبضه بنفسه) معناه : إذا وهبه أجنبيّ فالوليّ كالأب ووصيه والجدة ووصيه لقيامهم مقام
الآبِ ، وكلها إذا كان في حجر أجنبيّ يربيه كالقبط وقد بيناه ، والأم لها ولاية حفظه ،
وهذا منه لأنه لا بقاء له بدون المال فاحتاجت إلى ولاية التحصيل وهذا منه . وأما قبضه
بنفسه فعنه إذا كان عاقلاً لأنه تصرف نافع وهو من أهله ، ويجوز قبض الزوج لزوجته
الصغيرة بعد ما زفت إليه ، لأن الآبِ فوض أمرها إليه وذلك بعد الزفاف لا قبله حتى
يملكه بحضرة الآبِ . قال (وتتمعد المِهْبَةُ بقوله : وهبت) لأنه صريح فيه (وتحلت) لكثرة
استعمالها فيه ، قال عليه الصلاة والسلام « أكلٌ ولدتُ تحلته هكلاً » (وأعطيت) صريح
أيضاً (وأطعمتك هذا الطعام) لأن الإطعام صريح في المِهْبَةَ إذا أضيف إلى المطعوم لأنه
لا يطعمه إلا بالأكل وإلا أكل إلا بالملك ، ولو قال : أطعمتك هذه الأرض فهو عارية لأنها
لا تنظم (وأعمرتك) هذا الشيء وجعلت هذه الدار لك عمري ، قال عليه الصلاة والسلام
« من أعمر عمري فهي للعمير له ولورثته من بعده » (وتحلتك على هذه الدابة إذا نوى المِهْبَةَ)
لأن المراد به الإركاب حقيقة ويستعمل في المِهْبَةِ ، يقال : حمل الأمير فلاناً على فرس : أي
وهبه فيحمل عليه عقد المِهْبَةِ (وكسوتك هذا الثوب) قال تعالى - أَوْ كَسَوْتَهُمْ - أراد تمليكهم
الكسوة ، ويقال : كساه ثوباً إذا وهبه ، ولو قال : منحتك هذه الدار أو هذه الجارية
فهو عارية إلا أن ينوى المِهْبَةَ ، ولو قال ذلك فيها لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو
هبة كالدرهم والدنانير والمطعوم والمشروب . قال (وهبة المشاع فيها لا يقسم جائزة ،
٤ - الاختيار - ثالث

وَفِيَا يُقْسِمُ لَا يَجُوزُ (ف) ، فَإِنْ قَسَمَ وَسَلَّمَ جَازَ كَسَمِهِمْ فِي دَارٍ ، وَالسَّيِّقُ فِي الصَّرْعِ ، وَالصُّوفُ عَلَى الظَّهْرِ ، وَالتَّمْرُ عَلَى النَّخْلِ ، وَالزَّرْعُ فِي الْأَرْضِ ، وَلَوْ وَهَبَ دَقِيقًا فِي حَنْطَةٍ ، أَوْ سَمْنَا فِي لَبَنٍ ، أَوْ دُهْنًا فِي سَمْسِمٍ فَاسْتَخْرَجَهُ وَسَلَّمَهُ لَا يَجُوزُ ، وَلَوْ وَهَبَ اثْنَانِ مِنْ وَاحِدٍ جَازَ ، وَبِالْعَكْسِ لَا يَجُوزُ (م) وَلَوْ تَصَدَّقَ عَلَى فَقِيرَيْنِ جَازَ ، وَعَلَى غَنِيَّيْنِ لَا يَجُوزُ ، وَمَنْ وَهَبَ جَارِيَةً إِلَّا حَلَّهَا صَحَّتْ الْمِيبَةُ وَيَبْطُلُ الْإِسْتِثْنَاءُ ،

وفيا يقسم لاجوز (لأن القبض شرط في الهبة لما روينا وأنه غير ممكن في المشاع ، ولو جوزناه لكان له إيجاب الواهب على القسمة ولم يلزمه فيكون إضرارا به ، وما لا يقسم الممكن فيه القبض ناقص فيكتفي به ضرورة ، ولا يلزم ضرر الإيجاب على القسمة ببقاء الإيجاب على المهايأة . قلنا المهايأة في المنافع ولم يتبرع بها ، لأن الهبة صادفت العين لا المنافع . قاله (فان قسم وسلم جاز) لأن بالقبض لم يبق شيوع وذلك (كسهم في دار و) مثله (اللبن في الصرع والصوف على الظهر والتمر على النخل والزرع في الأرض) لأن اتصال هذه الأشياء كالشروع من حيث أنه يمنع القبض ، وكذلك لو وهبه من شريكه لاجوز لعدم إمكان القبض . قال (ولو وهبه دقيقا في حنطة ، أو سمنًا في لبن ، أو دهنًا في سمس فاستخرجه وسلمه لاجوز) لأن الموهوب معلوم فلا يكون محلا للملك فبطل العقد فيحتاج إلى عقد جديد أما المشاع فحل التملك حتى جاز بيعه دون ذلك . قال (ولو وهب اثنان من واحد جاز ، وبالعكس لاجوز) أما الأول فلائهما سلماها والموهوب له قبضها جملة ولا شيوع ولا ضرر . وأما الثانية فلذهب أبي حنيفة وقالوا : يصح أيضا لأنها هبة واحدة والتملك واحد فلا شيوع ، وصار كالزهن من اثنين ولأبي حنيفة أنه وهب من كل واحد منهما النصف لأنه ثبت لكل واحد منهما الملك في النصف ، ألا ترى أنه لو كان فيا لا يقسم ، قبل أحدهما صح في النصف فكان تملكيا للنصف وأنه شائع ، وأما الرهن فالمستحق فيه الحيس ، ويثبت لكل واحد كلا وتماه مر في الرهن . قال (ولو تصدق على فقيرين جاز) وكذلك لو وهب لهما (وعلى غنيين لاجوز) وقالوا : تجوز في الغنيين أيضا لما مر والفرق لأبي حنيفة أن إعطاء الفقير يراد به وجه الله تعالى فهو واحد ، وسواء كان بلفظ الصدقة أو بلفظ الهبة ، وسواء كان فقيرا واحدا أو أكثر . والإعطاء للغني يراد به وجه الغني وهما اثنان فكان مشاعا ، والصدقة على الغني هبة لأنه ليس من أهل الصدقة . قال (ومن وهب جارية إلا حلها صحت الهبة وبطل الاستثناء) لما تقدم أن الاستثناء إنما يعمل فيا يعمل فيه العقد ، والهبة لاتصح في الحمل فكذا الاستثناء فكان شرطا فاسدا ، والهبة لا تبطل بالشروط القاسدة ، لأنه عليه الصلاة والسلام أجاز العمري وأبطل شرط المعمر

فصل

و يَجُوزُ الرَّجُوعُ فِيهَا يَهَبُهُ لِلْأَجْنَبِيِّ (ف) وَيَكْرَهُ ، فَإِنْ عَوَّضَهُ أَوْ زَادَتْ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً أَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا أَوْ خَرَجَتْ عَنْ مِلْكِ الْمُوهَبِ لَهُ فَلَا رَجُوعَ ،

بخلاف البيع فإنه يفسد بالشروط الفاسدة ، لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط ، ولو دبر الجنين ثم وهبها لم يجوز ، ولو أعتقه ثم وهبها جاز ، والفرق أن المدبر مملوك الواهب وأنه متصل بالأم اتصال خلقه ، فنع صحة القبض كالمنشاع ، وفي الحر لم يبق مأكلا له ، فالموهوب غير مشغول بحقه ولا متصل به فلا يمنع الصحة ، ولو وهبه جارية على أن يعتقها أو يستولدها ، أو على أن يدبرها ، أو دارا على أن يرد عليه شيئا منها أو يعوّضه عنها شيئا فالهبة جائزة والشرط باطل ، لأنها شروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة ، وأنها لا تبطل الهبة لما مر

فصل

المعاني المانعة من الرجوع في الهبة : المحرمة من القرابة ، والزوجية ، والمعاضة ، وخروجها من ملك الموهوب له ، وحلوث الزيادة أو التغيير في عيها ، وموت الواهب أو الموهوب له على ما نبيته إن شاء الله تعالى . قال (ويجوز الرجوع فيها بهبه للأجنبي) لقوله عليه الصلاة والسلام « الواهب أحقّ بهبه ما لم يهب منها » أى ما لم يعوّض عنها (ويكره) ذلك لأنه من باب الخساسة والدناءة . وقال عليه الصلاة والسلام « العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه » شبه له لخساسة الفعل ودناءة الفاعل ، وتأويل قوله عليه الصلاة والسلام « لا يحلّ للواهب أن يرجع في هبته إلا الوالد فيما يهب لولده » أى لا يحلّ له الرجوع من غير قضاء ولا رضى إلا الوالد فإنه يحلّ له ذلك عند الحاجة ، فهذا الحمل أولى جمعا بين الحديثين . قال (فإن عوّضه أو زادت زيادة متصلة) في نفسها (أو مات أحدهما ، أو خرجت عن ملك الموهوب له فلا رجوع) أما إذا عوّضه فلما روينا من الحديث ، ولأن المقصود من الهبة التعريض عادة وقد حصل . وأما الزيادة كالسمن والكبر والبناء والفرس والصبيغ والخياطة فلائنه لا يمكن الرجوع بدون الزيادة ، ولا سبيل إلى الرجوع مع الزيادة لأن العقد ما ورد عليها . وأما موت الواهب فلا سبيل للوارث عليها إذ هو أجنبي من العقد . وأما موت الموهوب له فلا تنتقال إلى ورثته والتعليك لم يوجد منه وصار كما إذا انتقل منه حال حياته وأما إذا خرجت من ملك الموهوب له فلائنه إنما أخرجها بتسليطه فلا يملك نقضه كالوكيل ، ونقصان الموهوب لا يمنع الرجوع : بأن انتقصت قيمته أو أنهدم البناء أو ولدت الجارية .

وَلَا رُجُوعَ فِيهَا يَبْتِغِي لِدَى رَحْمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ أَوْ زَوْجَةٍ أَوْ زَوْجٍ ، وَلَوْ قَالَ :
الْمَوْهُوبُ لَهُ خُذْ هَذَا بَدَلًا عَنْ هَيْبَتِكَ أَوْ عَوْضًا أَوْ مُقَابِلَةً أَوْ عَوْضَةً
أُجْنَبِي مَتَبَرَعًا فَقَبِضْهُ سَقَطَ الرُّجُوعُ ، وَلَوْ اسْتَحَقَّ نِصْفُ الْهَيْبَةِ رَجَعَ

بِنِصْفِ الْعَوْضِ ، وَإِنْ اسْتَحَقَّ بَعْضُ الْعَوْضِ لَا يَرْجِعُ بَشْيَءٍ مِنْهُ (ز) ،
إِلَّا أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِيهَا حَتَّى يَسْتَفِي عَنْهَا وَلَدَهَا ، وَلَوْ وَهَبَ عَبْدًا فَزَادَتْ قِيَمَتُهُ ثُمَّ شَاخَ
فَقَصَصَ لَا يَرْجِعُ فِيهِ لِأَنَّهُ أَزْدَادٌ فِي بَدَنِهِ وَطَالٌ فِي جَسَدِهِ ثُمَّ انْقَصَ بَوَاحُ أَعْيُرٍ وَهُوَ شَيْخُوخَةٌ
فَلَا يَرْجِعُ . قَالَ (وَلَا رُجُوعَ فِيهَا يَبْتِغِي لِدَى رَحْمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ أَوْ زَوْجَةٍ أَوْ زَوْجٍ) لِأَنَّ الْمَقْصُودَ
صِلَةَ الرَّحْمِ وَزِيَادَةَ الْأَلْفَةِ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ ، وَفِي الرُّجُوعِ قِطْعَةُ الرَّحْمِ وَالْأَلْفَةُ ، لِأَنَّهَا تَوْرُثُ
الْوَحْشَةَ وَالْفَرَّةَ فَلَا يَجُوزُ صِيَانَةُ الرَّحْمِ عَنِ الْقِطْعَةِ وَإِبْقَاءُ لِلزَّوْجِيَّةِ عَلَى الْأَلْفَةِ وَالْمُودَّةِ
وَفِي الْحَدِيثِ : إِذَا كَانَتِ الْهَيْبَةُ لِلدَى رَحْمٍ مَحْرَمٍ لَمْ يَرْجِعْ فِيهَا ، وَسَوَاءٌ كَانَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ
مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا لَشُمُولِ الْمَعْنَى ، وَلَوْ وَهَبَهَا ثُمَّ أَبَانَهَا لَمْ يَرْجِعْ ، وَلَوْ وَهَبَ أُجْنَبِيَّةً ثُمَّ تَزَوَّجَهَا
لَهُ الرُّجُوعُ ، وَالْمَعْتَبَرُ الْمَقْصُودُ وَقْتُ الْعَقْدِ ، وَإِنْ وَهَبَ لِأَخِيهِ وَهُوَ عَبْدٌ لَهُ الرُّجُوعُ ،
وَكَذَلِكَ إِنْ وَهَبَ لِعَبْدٍ أَخِيهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَا : لَا رُجُوعَ لَهُ لِأَنَّ الْمَلِكَ وَقَعَ لِلْعَوْلَى
فَكَانَ هَبَةً لِلْأَخِ ، وَلَهُ أَنَّ الْهَيْبَةَ وَقَعَتْ لِلْعَبْدِ حَتَّى اعْتَبِرَ قَبُولُهُ وَرَدُّهُ وَالْمَلِكُ يَقَعُ لَهُ ، ثُمَّ يَنْتَقِلُ
إِلَى مَوْلَاهُ عِنْدَ الْفَرَاغِ مِنْ حَاجَتِهِ حَتَّى لَوْ كَانَ مَدِينِيًّا لَا يَنْتَقِلُ إِلَى مَوْلَاهُ وَلَا صِلَةُ بَيْنِهِ وَبَيْنَ
الْعَبْدِ . قَالَ (وَلَوْ قَالَ الْمَوْهُوبُ لَهُ : خُذْ هَذَا بَدَلًا عَنْ هَيْبَتِكَ أَوْ عَوْضًا أَوْ مُقَابِلَةً أَوْ عَوْضَةً
أُجْنَبِي مَتَبَرَعًا فَقَبِضْهُ سَقَطَ الرُّجُوعُ) لِأَنَّ هَذِهِ الْأَلْفَافُ فِي مَعْنَى الْمَاعِوِضَةِ ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ :
خُذْ هَذَا مَكَانَ هَيْبَتِكَ ، أَوْ ثَوَابًا مِنْهَا ، أَوْ كَافَأْتُكَ بِهِ ، أَوْ جَازَيْتُكَ عَلَيْهِ ، أَوْ أَثْبَتْتُكَ ،
أَوْ نَحَلْتُكَ هَذَا عَنْ هَيْبَتِكَ ، أَوْ تَصَدَّقْتُ بِهِ عَلَيْكَ بَدَلًا عَنْ هَيْبَتِكَ فَهَذَا كُلُّهُ عَوْضٌ وَحُكْمُهُ
حُكْمُ الْهَيْبَةِ ، يَصِحُّ بِمَا تَصِحُّ بِهِ الْهَيْبَةُ ، وَيَبْطُلُ بِمَا تَبْطُلُ بِهِ ، وَيَتَوَقَّفُ الْمَلِكُ فِيهِ عَلَى الْقَبْضِ
وَلَا يَكُونُ فِي مَعْنَى الْمَاعِوِضَةِ أَصْلًا ، وَإِنْ لَمْ يَضِفْ الْعَوْضُ إِلَى الْهَيْبَةِ بِأَنَّهُ اعْطَاهُ شَيْئًا وَلَمْ يَقُلْ
عَوْضًا عَنْ هَيْبَتِكَ لَا يَكُونُ عَوْضًا وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الرُّجُوعُ ، فَإِنْ عَوْضَهُ عَنْ جَمِيعِ الْهَيْبَةِ
بَطَلَ الرُّجُوعُ فِي الْجَمِيعِ قَلَّ الْعَوْضُ أَوْ كَثُرَ ، وَإِنْ عَوْضَهُ عَنْ نِصْفِهَا فَلَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا بَقِيَ
لِأَنَّ الْمَنْعَ التَّوَضُّعَ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهِ . قَالَ (وَلَوْ اسْتَحَقَّ نِصْفُ الْهَيْبَةِ رَجَعَ بِنِصْفِ الْعَوْضِ)
لِأَنَّهُ مَاعَوْضُهُ بِهَذَا الْعَوْضِ إِلَّا لَيْسَ لَهُ جَمِيعُ الْمَوْهُوبِ وَلَمْ يَسْلَمْ إِلَّا نِصْفُهُ فَيَرْجِعُ بِنِصْفِ
مَا عَوْضَهُ (وَإِنْ اسْتَحَقَّ بَعْضُ الْعَوْضِ لَا يَرْجِعُ بَشْيَءٍ مِنْهُ) وَقَالَ زُفَرٌ : يَرْجِعُ بِمَحْصَنِهِ مِنَ
الْمَوْهُوبِ اعْتِبَارًا بِالْعَوْضِ الْآخَرِ . وَلَنَا أَنَّهُ لَمَّا اسْتَحَقَّ بَعْضُهُ ظَهَرَ أَنَّهُ مَا عَوْضَهُ إِلَّا بِالْبَاقِي
وَهُوَ يَصِلُحُ عَوْضًا عَنِ الْكُلِّ ، فَلَا يَرْجِعُ إِلَّا أَنْ يَرُدَّ الْبَاقِي ثُمَّ يَرْجِعُ ، لِأَنَّهُ مَا أَسْقَطَ حَقَّهُ
فِي الرُّجُوعِ بِقَبُولِ الْعَوْضِ إِلَّا لَيْسَ لَهُ جَمِيعُ الْعَوْضِ وَلَمْ يَسْلَمْ فَلَهُ رَدُّهُ ، وَإِذَا رَدَّهُ بَطَلَ

وَلَا اسْتَحَقَّ جَمِيعُ الْعَوْضِ رَجْعَ الْهَبَةِ ، وَالْهَبَةُ بِشَرْطِ الْعَوْضِ يُرَاعَى فِيهَا حُكْمُ الْهَبَةِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَالْبَيْعِ بَعْدَهُ ؛ وَلَا يَصَحُّ الرَّجُوعُ إِلَّا بِرَأْسِهِمَا أَوْ بِحُكْمِ الْحَاكِمِ ، وَإِنْ هَلَكَتْ فِي يَدِهِ بَعْدَ الْحُكْمِ لَمْ يَضْمَنْ .

فصل

العمري جائزة للعمير حال حياته ، وَلَوْ رَثَتْهُ بَعْدَ تَمَاتِهِ ، وَهِيَ أَنْ يَجْعَلَ دَارَهُ لَهُ عُمَرَهُ ، فَذَا مَاتَ تَرَدَّدَ عَلَيْهِ . وَالرَّقْبَى بَاطِلَةٌ (س) ، وَهِيَ أَنْ تَقُولَ : إِنْ مِتَّ فَهِيَ لِي ، وَإِنْ مِتَّ فَهِيَ لَكَ .

التبويض فعاد حق الرجوع . قال (وإن استحق جميع العوض رجع الهبة) لما بينا . قال (والهبة بشرط العوض يراعى فيها حكم الهبة قبل القبض) فلا يصح في المشاع (و) حكم (البيع بعده) رعاية للفظ والمعنى . وصورته : أن يهبه عبدا على أن يعوضه عنه ثوبا ، فلكل واحد منهما الامتناع ما لم يتقابضا كما في الهبة ، فإذا تقابضا صار بمنزلة البيع يرد أن بالميب ونجب الشفعة ، وإن استحق ما في يد أحدهما رجع بعوضه إن كان قائما ، وبقيته إن كان هالكا . قال (ولا يصح الرجوع إلا برأسيهما أو بحكم الحاكم) لأنه فصل مجتهد فيه يختلف بين العلماء فله الامتناع ، وولاية الإلزام للقاضي ، وإن تراضيا فقد أبطل حقه فيجوز (وإن هلك في يده بعد الحكم) بالرد (لم يضمن) لأنه أمانة في يده حيث قبضه لأعلى وجه الضمان .

فصل

(العمري جائزة للمعمر حال حياته ولورثته) من (بعد مماته) ويطل الشرط (وهي أن يجعل داره له عمره ، فإذا مات ترد عليه) لما تقدم من الحديث ، ولما روى أنه عليه الصلاة والسلام أجاز العمري وأبطل شرط المعمر ، ولو قال : دارى لك عمري سكنى أو نحلى سكنى أو سكنى صدقة أو صدقة عارية أو عارية هبة أو هبة سكنى هبة فهي عارية ؛ لأن ذكر المشقة وهي السكنى حقيقة في العارية ، لأن العارية تملك المنفعة وتحتل الهبة والحمل على الحقيقة أولى ؛ ولو قال : هبة تسكنها فهي هبة ، لأن قوله تسكنها مشورة وتذية على المقصود وليس بتفسير ، بخلاف قوله سكنى . قال (والرقبي باطلة ، وهي أن تقول) دارى لك رقبى ، ومعناه (إن مت فهي لى ، وإن مت فهي لك) كأن كل واحد منهما يرقب موت الآخر لما روى شريح « أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمري ورد الرقبى » ومراده الرقبى من الرقب (١) ، أما من الإرقاب ومعناه رقية دارى

وَالصَّدَقَةُ كَالْهِبَةِ إِلَّا أَنَّهُ لَا رُجُوعَ فِيهَا ، وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِمَالِهِ فَهُوَ
هَبْلٌ جَنْسُ مَالِ الزَّكَاةِ (ز) ، وَبِمِلْكِهِ عَلَى الْجَمِيعِ ، وَبِمِلْكِكَ مَا يَنْفَقُهُ
حَتَّى يَكْتَسِبَ ثُمَّ يَتَصَدَّقُ بِمِثْلٍ مَا أَمْسَكَ .

لك فانه يجوز ، وهو عمل حديث جابر « أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى
والرقي » إلا أنه محتمل ، ولا تثبت الهبة بالشك فتكون عارية . وقال أبو يوسف : الرقي
جائزة لحديث جابر ، ولأن قوله : دارى لك تمليك ، وقوله رقي شرط فاسد لا يبطل
الهبة . ولهما حديث شريح ، ولأنه تعليق الملك بالخطر فلا يصح ، وإذا لم يصح يكون
عارية عندهما ، لأنه يقتضى إطلاق الانتفاع به ، ولو قال : جميع مالى أو كل شيء أملكه
أو جميع ما أملكه لفلان فهو هبة ، لأن ملكه لا يصير لغيره إلا بتمليكه ، ولو قال : جميع
ما يعرف بى أو ينسب إلى فلان فهو إقرار لجواز أن يكون المقر له ، وهو فى يد المقر
يعرف به وينسب إليه . قال (والصدقة كالهبة) فى جميع أحكامها لأنه تبرع (إلا أنه لا رجوع
فيها) لأن المقصود منها الثواب وقد حصل ، وكذا الهبة للفقير لأن المقصود الثواب ،
وكذا لو تصدق على غنى لأنه قد يطلب منه الثواب بأن يعينه على النفقة لكثرة عياله ،
ويؤيد ذلك أنه عبر بالصدقة عنها . قال (ومن نذر أن يتصدق بماله فهو على جنس مال
الزكاة) لأن إعجاب العبد معتبر بإعجاب الله تعالى ، وإعجاب الله تعالى الصدقة المضافة إلى المال
يتناول أموال الزكاة ، قال الله تعالى - خذ من أموالهم صدقة تطهرهم - الآية ، فكذا إعجاب
العبد ، فيتصدق باللحوب والفضة وعروض التجارة والسوائم والغلة والثمرة العشرية والأرض
العشرية ، خلافاً لحمد لأن الغالب فى العشر معنى العبادة حتى لا تجب على الكافر فكانت
فى معنى الزكاة ، ولا يتصدق بغير ذلك من الأموال لأنها ليست أموال الزكاة . وقال زفر :
يتناول جميع ماله وهو القياس عملاً بعموم اللفظ ، وجوابه مأمور ، ولو نذر أن يتصدق
بملكه فهو على الجميع ، وذكر الحاكم الشهيد أنه والأول سواء فى الاستحسان ، لأن ذكر
المال والمالك سواء ، وكذلك ذكر التمسى عنهما . قال : وأبو يوسف فرق بينهما وقال :
لفظة الملك أعم عرفاً ، والأول أصح ، لأن الشرع إنما أضاف الصدقة إلى المال لا إلى الملك
وذلك موجب تخصيص المال ببقى الملك على عومه ، وإن لم يكن سوى مال الزكاة لزمه
التصدق بالكل بالإجماع (ويمسك ما ينفقه حتى يكتسب ثم يتصدق بمثل ما أمسك) لأنه
لو تصدق بالجميع احتاج أن يسأل أو يموت جوعاً وأنه ضرر فاحش ، فيمسك قدر حاجته
دفعا للضرر عنه ، ولم تقلده بشيء لأن الناس يختلفون فى ذلك باختلاف أحوالهم فى النفقات
فالخاصل أنه يمسك مقدار كفايته فى نفقته إلى أن يقدر على أداء مثله ، ولو قال : دارى
فى المساكين صدقة فعليه أن يتصدق بها ، وإن تصدق بقيمتها أجزأه ، ولو قال لآخر : كل

كتاب العارية

وَمِنْ هَبَةِ الْمَنْفَعِ ، وَلَا تَكُونُ إِلَّا فِيَا يُنْتَفَعُ بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ .

ما يصل إلى من مالك فلي أن أتمدق به فوجهه شيئا فطيه أن يتصدق به ، ولو أذن له أن يأكل من طعامه لا يتصدق به ، لأن الإباحة لا يملكه إلا بالأكل ، وبعد الأكل لا يمكن التصديق به .

كتاب العارية

وهي مشتقة من التماور : وهو التداول والتناوب ، يقال : تداولوا الكلام : أى تداولناه ، وبمعنى العقد به لأنهم يتداولون العين ويتداولونها من يد إلى يد ، أو من العرية وهي العطية ، إلا أن العرية انحصرت بالأعيان ، والعارية بالمنافع ، ومهميت به لتعريفه عن العوض ، وهي عقد مستحب شرعا ، مندوب إليه ، لما فيه من قضاء حاجة المسلم ، وقد ندب الشرع إليه قال تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى » وقال عليه الصلاة والسلام « لا يزال الله في عون المسلم ما دام في عون أخيه » وذم تعالى على منته فقال « ويحتمون الماحون » أى الوارى من القدر والفأس ونحوه ، وقال عليه الصلاة والسلام « العارية مردودة » واستعار صلى الله عليه وسلم دروا من صفوان ، ولأن التملك نوحان : بعوض ، وخير عوض ، والأعيان قابلة للوعين بالبيع والهبة ، فكلتا المنافع بالإجارة والإعارة .

قال (وهي هبة المنافع) وقال الكرخي : لإباحة المنافع حتى لا يملك المستعير إجارة ما استعار ولو ملك المنافع لملك لإجارتها ، والأول الصحيح لأن المستعير له أن يبيع ، ولو كانت لإباحة لما ملك ذلك ، كمن أبيع له الطعام ليس له أن يبيعه لغيره ، ولأن العارية مشتقة من العرية وهي العطية ، وإنما لم تجز الإجارة لأنها تملك مؤقت ينقطع حقه عنها إلى انتهاء المدة ، والعارية تملك على وجه لا ينقطع عنها متى شاء ، فلو جازت الإجارة يلزم المغير من الضرر ما لم يلتزمه ولا رضى به فلا يجوز ، أو نقول الإجارة أقوى وألزم من الإعارة والله لا يستقبح ما هو أقوى منه . قال (ولا تكون إلا فيا ينتفع به مع بقاء عينه) .

اعلم أن الإعارة نوحان : حقيقة ، وبجاز . فالحقيقة إعارة الأعيان التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها كالثوب والعبد والدار والدابة . وبجاز إعارة ما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه كالدرهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدى المتقارب ، فيكون إعارة صورة قرضا معنى ، لأنه رضى باستهلاكه ببذل ، فكان تملكيا ببذل وهو القرض ، ولو استعار دراهم ليعاير بها ميزانه أو يزين بها حانوته ليس له أن يتعدى ما سمى من المنفعة ، ولا يكوفه

وهي أمانة، وتصح بقوله أعرتك وأطعمتك هذه الأرض، وأخذ منك هذا العبد، ومنحك هذا الثوب، وحملتك على هذه الدابة إذا لم يرد بهما الهبة، ودارى لك سكنى أو سكنى عمري، وللمستعير أن يعيرها إن لم يختلف باختلاف المستعيرين، وليس له إجارتها، فإن أجرها فهلكت ضمن،

قرضا كاستمارة الحلى. قال (وهي أمانة) لا يضمنها من غير تعد. قال عليه الصلاة والسلام: ليس على المستعير غير المفل ضمان، ولأنه قبضه من يد المالك لأعلى وجه الضمان، لأن اللفظ يقتضي تمليك المنافع بغير عوض لغة وشرا لما يينا فلم يكن متعليا، وتأويل ما روى أنه عليه الصلاة والسلام استعار دروعا من صفوان، فقال: أغصبا تأخذها يا محمد؟ فقال: لا بل عارية مؤداة مضمونة أي واجبة الرد مضمونة بمثونة الرد توفيقا بين الحليين بالقدر الممكن. قال (وتصح بقوله أعرتك) لأنه صريح فيه (وأطعمتك هذه الأرض) للاستعمال فيه (وأطعمتك هذا العبد) لأن منفعة العبد خدمته، وقد أذن له في استخدامه (ومنحك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة إذا لم يرد بهما الهبة) لما مر في الهبة (ودارى لك سكنى) لأن معناه سكنها لك (أو سكنى عمري) أي سكنها لك عمرك. قال (وللمستعير أن يعيرها إن لم يختلف باختلاف المستعيرين، وليس له إجارتها) لأنه ملك المنافع فيملكها غيره كالوصى له بالخدمة، بخلاف الإجارة على ما مر.

ثم العارية على أربعة أوجه: أحدها أن تكون مطلقة في الوقت والانقضاء كمن استعار دابة أو نوبا ولم يبين وقتا معلوما ولا عين من يستعمله فله أن يستعمله في أي وقت شاء في أي منفعة شاء، ويركب ويلبس غيره عملا بالإطلاق، فلو ركب هو أو لبس ليس له أن يركب غيره ولا يلبس، وكذا لو ركب غيره لا يركب هو على ما يبناء في الإجارة. والثاني أن تكون مقيدة فيما بأن استعاره يوما يستعمله بنفسه، فليس له أن يركب غيره ولا يلبس غيره لاختلاف ذلك باختلاف المستعيرين، وله أن يعيرها للحمل لأنه لا يتفاوت، وكذا له أن يعير العبد والدار لعدم التفاوت. والثالث إذا كانت مطلقة في الوقت مقيدة في الانقضاء بأن استعارها ليحمل عليها حنطة فله أن يحمل الحنطة متى شاء. والرابع إذا كانت مقيدة في الوقت مطلقة في الانقضاء بأن استعار دابة يوما ولم يسم ما يحمل عليها فله أن يحمل ما شاء في اليوم، فإن أسكنها بعد الوقت ضمن إن انتفع بها في اليوم الثاني، وقبل يضمن بمجرد الإمساك لأنه أمسك مال الغير بغير إذنه وهو الصحيح، وإن اختلفا في الوقت والمكان وما يحمل عليها فالقول قول المعير مع يمينه لأن الإذن منه يستفاد فيثبت بقدر ما أقر به به وما زاد فالمستعير مستعمل فيما لم يؤذن له فيضمن. قال (فإن أجرها فهلكت ضمن)

وَالْمُعِيرُ أَنْ يُضْمِنَ الْمُسْتَعِيرَ ، وَلَا يَرْجِعُ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ وَيَرْجِعُ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ ، فَإِنْ قَبِدَهَا بِوَقْتٍ أَوْ مَنَفْعَةٍ أَوْ مَكَانٍ ضَمِنَ بِالْمُخَالَفَةِ إِلَّا إِلَى خَيْرٍ ، وَعِنْدَ الْإِطْلَاقِ لَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهَا فِي جَمِيعِ أَنْوَاعِ مَنَفْعَتِهَا مَا شَاءَ مَا لَمْ يُطَالِبْهُ بِالرَّدِّ ، وَلَوْ أَعَارَ أَرْضَهُ لِلْبِنَاءِ وَالْفَرَسِ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ وَيُكَلِّفَهُ قَلْعَهُمَا ، وَإِنْ وَقَّتْ وَأَخَذَهَا قَبْلَ الْوَقْتِ كَرِهَ لَهُ ذَلِكَ ، وَيَضْمِنُ الْمُسْتَعِيرُ قِيَمَتَهُ وَيَمْلِكُهُ ، وَالْمُسْتَعِيرُ قَلْعَهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهِ ضَرَرٌ كَثِيرٌ بِالْأَرْضِ ، فَإِنْ قَلَعَتْهُمَا فَلَا ضِمَانَ ، فَإِنْ أَعَارَهَا لِلزَّرَاعَةِ فَلَيْسَ لَهُ أَخْذُهَا قَبْلَ حَصْدِهِ وَإِنْ لَمْ يَوْقَتْ .

لأنه متعد حيث تصرف في ملك الغير بغير أمره فكان غاصبا (والمعير أن يضمن المستعير) لما بينا (ولا يرجع على المستأجر) لأنه تبين أنه أجره ملكه ، وله أن يضمن المستأجر لأنه قبض ماله بغير أمره (ويرجع على المستعير) إذا لم يعلم أنه عارية دفعا لضرر الفرور عنه بخلاف ما إذا علم قال (فإن قبدها بوقت أو منفعة أو مكان ضمن بالمخالفة إلا إلى خير) وقد بيناه بتمامه في الإجارة (وعند الإطلاق له أن ينتفع بها في جميع أنواع منفعتها ما شاء ما لم يطالبه بالرّد) عملا بالإطلاق . قال (ولو أعار أرضه للبناء والفرس فله أن يرجع) لأنه عقد غير لازم ، وهذا لأن المنافع توجد شيئا فشيئا وتملك كذلك ، فالمرء يوجد بعد لم يقبض فله الرجوع فيه . وقال عليه الصلاة والسلام « العارية مردودة » . قال (ويكلفه قلعهما) لأنه لما صح الرجوع بقى المستعير شاغلا ملك المعير فعليه ترضيها ، فإن لم يكن وقت فلا شيء عليه ، لأن ما أصاب المستعير إنما أصابه بفعل نفسه (وإن وقت وأخذها قبل الوقت كره له ذلك) لأنه أخلف وعده (ويضمن للمستعير قيمته ويملكه) نظرا للجانبين . وقال زفر : لا ضمان عليه لأنه لما علم أن له ولاية الأخذ فقد رضى بذلك . ولنا أنه غره بالتأقيت ، إذ الظاهر الوفاء بالوعد فيرجع إليه إذا أخلف ، لأن ما أصابه إنما أصابه من جهته بخلاف غير المؤقت (والمستعير قلعها) لأنه ملكه إلا أن يكون فيه ضرر كثير بالأرض (فيخير المعير ، لأن الأصل له وهو راجع على التبع) فإن قلعهما فلا ضمان عليه وقيل إذا كلفه المعير قلعهما قلعهما ، ويضمن المعير ما نقصا بالقلع ، لأنه خدعه حيث ضمن له الوفاء إلى آخر الوقت الذي وقته ولم يف له . قال (فإن أعارها للزراعة فليس له أخذها قبل حصده وإن لم يوقت) فتبقى بالأجرة ، لأن فيه مراعاة الجانبين ودفع الضرر عن المستعير ومراعاة حق المعير ، لأن بقاءه مدة قليلة بخلاف الفرس والبناء لأنه لا نهاية لهما فيقلع دفعا لضرر المعير . دخل الحمام واستعمل قصاب الحمامي فانكسرت ، أو أخذ كوز التفاح ليشرّب فانكسر ، أو دخل منزل رجل باذنه فأخط منه إناء بغير إذنه لينظر إليه أو ليشرّب

وأجرة ردّ العارية على المستعير والمستأجر على الآجر ؛ وإذا ردّ الدابة إلى اصطلب مالكها برئى ؛ وكذلك ردّ الثوب إلى داره ومع من فى عياله أو عبده لمؤاجيره انخاص برئى .

كتاب الغصب

وهو أخذ مالٍ مضمومٍ محترماً مملوكٍ للغير بطريق التعدي ،

فوقع من يده فانكسر فلا ضمان عليه لأنه مأفون فى ذلك دلالة . استعار كتاباً ليقراً فيه فوجد فيه خطأ ، إن علم أن صاحبه لا يكره إصلاحه أصلحه وإلا فلا ، والظاهر أنه لا يكره فلا بأس به . قال (وأجرة ردّ العارية على المستعير) لأن قبضه لمنفعته فوجب الردّ عليه ، والأجرة مئونة الردّ (و) أجرة ردّ (المستأجر لعلّ الآجر) لأن منفعة القبض حصلت له وهى الأجرة فلا يكون الردّ واجباً على المستأجر فلا يلزمه الأجرة . قال (وإذا ردّ الدابة إلى اصطلب مالكها برئى) استحصانا ، والقياس أنه لا يبرأ لعدم الردّ إلى المالك . وجه الاستحصان أن العادة جرت بالردّ إلى الاصطلب ، فانه لو سلمها إليه ردّها إلى الاصطلب ، والمتعاد كالمخصوص عليه ؛ ولو كان عبداً وردّه إلى دار مالكه فكل ذلك (وكذا ردّ ثوب إلى داره) لما بينا (و) لو ردّ العارية (مع من فى عياله أو عبده أو أجيره انخاص برئى) لأنها أمانة فصار كالأدعية ؛ وكذا لو ردّها إلى عبد المعير أو من فى عياله برئى لأن المالك يحفظها بهؤلاء عادة ؛ وقيل المراد بالعبد : الذى يقوم عليها . وذكر فى المتنق لو كانت العارية شيئاً نفيساً كالجوهر ونحوه لا يبرأ بالردّ إلى هؤلاء ، لأنه لم يجر العادة بطرحه فى الدار وتسليمه إلى غلمانه ؛ والمستأجر فى ردّ العين المستأجرة كالمستعير ؛ وفى الغصب لا يبرأ فى الجميع إلا بالردّ إلى مالكه ، لأن ضمان الغصب واجب فلا يسقط إلا بالردّ إلى المالك أو نائبه حقيقة ، بخلاف العارية لأنها غير مضمونة .

كتاب الغصب

(وهو) فى اللغة : أخذ الشيء ظلماً ، يقال : غصبته منه وغصبته عليه بمعنى ، قال تعالى - يأخذ كل سفينة غصباً - أى ظلماً ، ويستعمل فى كل شيء ، يقال : غصبته ولده وزوجته . وفى الشرع (أخذ مال مضموم محترم مملوك للغير بطريق التعدي) واشترط أبو حنيفة وأبو يوسف كون المغموب قابلاً للنقل والتحويل على وجه يتضمن تفويت يد المالك ، ولم يشترط ذلك محمد ، ويظهر فى غصب العقار على ما نيتنه إن شاء الله تعالى ، ظرو استخدام مملوك غيره بغير أمره ، أو أرسله فى حاجته ، أو ركب دابته أو حل عليها

وَمَنْ غَضِبَ شَيْئًا فَعَلَيْهِ رَدُّهُ فِي مَكَانِ غَضَبِهِ ، فَإِنْ هَلَكَ وَهُوَ مِثْلُ فَعَلَيْهِ مِثْلُهُ ، وَإِنْ كُنْ مِثْلِيًّا فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ يَوْمَ غَضَبِهِ ، وَإِنْ نَقَصَ ضَمِنَ النِّقْصَانَ ، وَإِذَا انْقَطَعَ تَجِبَ قِيَمَتُهُ يَوْمَ الْقَضَاءِ (س) ،

أو ساقها فهلكت كان غاصبا لأنه أثبت اليد المبطلّة المفوّة ؛ ولو جلس على بساط الغير أو هبت الريح بثوب لإنسان فألقته في حجره لا يكون غاصبا ما لم ينقله أو يحسكه ، وهو تصرف منهى عنه حرام لكونه تصرفا في مال الغير بغير رضاه ، قال الله تعالى - ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم - ولأن حرمة مال المسلم كحرمة دمه . قال عليه الصلاة والسلام « كل المسلم على المسلم حرام دمه وعرضه وماله » وقال عليه الصلاة والسلام « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » وعلى حرمة بالإجماع وهو من المحرمات عقلا ، لأن الظلم حرام عقلا على ما عرف في الأصول . والغصب على ضربين أحدهما لا يتعلق به إثم وهو ما وقع عن جهل كمن أثلّف مال الغير وهو يظن أنه ملكه ، أو ملكه ممن هو في يده وتصرف فيه واستهلكه ثم ظهر أنه لغير ذلك فلا إثم عليه . قال عليه الصلاة والسلام « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان » الحديث معناه الإثم . والثاني يتعلق به الإثم وهو ما يأخذه على وجه التعدي فإنه يأثم بأخذه وإمساكه . قال (ومن غضب شيئا فعليه ردة في مكان غضبه) لقوله عليه الصلاة والسلام « على اليد ما أخذت حتى ترد » وقال عليه الصلاة والسلام « لا يأخذ أحدكم متاع أخيه لاجدادا ولاعبا ، فإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها عليه » ولأنه يجب عليه رفع الظلم وذلك بما ذكرنا ويرده في مكان غضبه ، لأن القيمة تتفاوت بتفاوت الأماكن والأعدل ما ذكرنا . قال (فإن هلك وهو مثل فعله مثله) قال تعالى - فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم - ولأن المثل أعدل لوجود المالية والجنس (وإن لم يكن مثليا) كالحیوان والعددی المتفاوت والمزروع (فعليه قيمته يوم غضبه) لأن القيمة تقوم مقام العين من حيث المالية عند تعذر المائلة دفعا للظلم وإحصاءا للحق إلى مستحقه بقدر الإمكان ، وصواء عجز عن رده بفعله أو فعل غيره أو بآفة سماوية لأنه بالغصب صار متعديا ووجب عليه الرد وقد امتنع فيجب الضمان وتجب القيمة يوم الغضب لأنه السبب وبه يدخل في ضمانه (وإن نقص ضمن النقصان) اعتبارا للجزء بالكل (و) أما المثل (إذا انقطع تجب قيمته يوم القضاء) عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف يوم الغضب . وقال محمد يوم الانقطاع لأن الواجب المثل ويتنقل إلى القيمة بالانقطاع فيعتبر يومئذ . ولأبي يوسف أنه لما انقطع التحق بثوات القيم فتعتبر قيمته إذ هو السبب الموجب . ولأبي حنيفة أن الانتقال بقضاء القاضى لا بالانقطاع حتى لو لم يتخاصما حتى عاد المثل وجب ، فإذا قضى القاضى تعتبر القيمة عنده بخلاف ذوات

وإن ادعى الملاك حبسه الحاكم مدة يعلم أنها لو كانت باقية أظهرها ثم يقضى عليه ببذلها ، والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه ، فإذا قضى عليه بالقيمة ملكه مستنداً إلى وقت الغصب ، وتسلم له الأكساب ولا تسلم له الأولاد ، فإذا ظهرت العين وقيمتها أكثر وقد ضمتها بنكوله أو بالبينة ، أو بقول المالك سلمت للغاصب ، وإن ضمتها بيمينه فالمالك إن شاء أمضى الضمان ، وإن شاء أخذ العين وردّ العوض ، ويضمن ما نقص العقار بفعله ولا يضمنه لو هلك (م) ،

القيم لأنه مطالب بها من وقت وجود السبب وهو الغصب فتعتبر قيمته عند السبب . قال (وإن ادعى الملاك حبسه الحاكم مدة يعلم أنها لو كانت باقية أظهرها ثم يقضى عليه ببذلها) لأن الظاهر بقاؤها وقد ادعى خلافه ، ونظيره إذا طوب بضمن المبيع فادعى الإفلاس وقد مر في الحجر ، فإذا حبس المدة المذكورة قضى عليه بالبذل لما مر . قال (والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه) لأنه ينكر الزيادة ، وإن أقام المالك البينة على الزيادة قضى بها لأنها حجة ملزمة . قال (فإذا قضى عليه بالقيمة ملكه مستنداً إلى وقت الغصب) لأنه قابل للنقل من ملك إلى ملك ، وقد ملك المالك بدله فيملك الغاصب المبدل لثلاثي مجتمع البدل والمبدل في ملك واحد دفعا للضرر عنه (وتسلم له الأكساب) للتعينة (ولا تسلم له الأولاد) لأن تبعيتهم فوق تبعية الأكساب . ألا يرى أن ولد المدير والمكاتب مدير ومكاتب ، ولا تكون أكسابهما مديراً ومكاتباً . قال (فإذا ظهرت العين وقيمتها أكثر وقد ضمتها بنكوله أو بالبينة أو بقول المالك سلمت للغاصب) لأنه ملكها برضى المالك حيث ادعى هذا القدر (وإن ضمتها بيمينه فالمالك إن شاء أمضى الضمان وإن شاء أخذ العين وردّ العوض) ، لأنه مارضى به وإنما أخذه لعبزه عن الوصول إلى كمال حقه كالمكره ، وكذا لو ظهر وقيمته مثل ما ضمن أو أقل ، لأنه لم يرض حيث لم يعطه ما ادّعه فيثبت له الخيار . قال (ويضمن ما نقص العقار بفعله ولا يضمنه لو هلك) وقال محمد : يضمن العقار بالغصب . وصورته : أن من سكن داراً غيره أو زرع أرض غيره بغير إذنه ثم خربت الدار أو غرق العقار ، لحمد أنه تحقق اليد العادية ، ويلزم من ذلك زوال يد المالك لأن اجتماع اليدين في محل واحد في زمان واحد محال فتحقق الغصب ، ولأن كل حكم يتعلق بالنقل فيها ينقل يتعلق بالتخلف فيها لا ينقل كدخول المبيع في ضمان المشتري . ولهما قوله عليه الصلاة والسلام « من غصب شبرا من أرض طوّقه الله تعالى من سبع أرضين » ، والنبي صلى الله عليه وسلم ذكر الجزاء في غصب العقار ولم يذكر الضمان ، ولو وجب لذكره ، ولأن هذا تصرف في المالك لأن العقار لم يزل عن مكانه الذي كانت يد المالك ثابتة عليه ، والتصرف

فَإِنْ نَقَصَ بِالزَّرَاعَةِ يَضْمَنُ النِّقْصَانَ ، وَيَأْخُذُ رَأْسَ مَالِهِ وَيَتَصَدَّقُ بِالْفَضْلِ ،
وَكَذَلِكَ الْمُودَعُ وَالْمُسْتَعِيرُ إِذَا تَصَرَّفَا وَرَبَّحَا تَصَدَّقَا بِالْفَضْلِ (س) ،

في المالك لا يؤمن - النمان كما لو منعه عن حفظ ماله حتى هلك ، ولأن مالا يجب القطع
بسرقته لا يتعلق به ضمان الغصب كالخمر . وأما إذا هدم البناء وحفر الأرض فيضمن لأنه
وجد منه النقل والتحويل وأنه إتلاف ، ويضمن بالإتلاف مالا يضمن بالغصب كالخمر ،
وما انهدم بسكناه فقد تلف بقلعه ، والمقار يضمن بالإتلاف وإن لم يضمن بالغصب ولكنه
تصرف في العين (فان نقص بالزراعة يضمن النقصان) لما مر (ويأخذ رأس ماله ويتصدق
بالفضل) معناه يأخذ من الزرع ما أخرج عليه من البذر وغيره ويتصدق بالفضل (وكذا
المودع والمستعير إذا تصرفا وربحا تصدقا بالفضل) وقال أبو يوسف : يطيب له الفضل لأنه
حصل في ضمانه للملك الأصل ظاهرا ، فان المضمونات تملك بأداء الضمان مستندنا على ما تقدم
ولهما أنه حصل بسبب خييت وهو التصرف في ملك الغير ، والفرع يحصل على صفة
الأصل ، والملك الخييت سبيله التصديق به ، ولو صرفه في حاجة نفسه جاز ، ثم إن كان
غنيا تصدق بمثله ، وإن كان فقيرا لا يتصدق ؛ ولولتي المالك الغاصب في غير بلد الغصب
فطالبه بالمغصوب فان كان دراهم أو دنانير دفعها إليه لأنها ثمن في جميع البلاد ، وإن كانت
عينا وهي قائمة في يده أمر بتسليمها إليه إن كانت قيمتها في الموضعين سواء لأنه لا ضرر
فيه على المالك ، وإن كانت قيمته أقل من بلد الغصب فان شاء أخذه ، وإن شاء طالبه
بالقيمة ، وإن شاء صبر ليأخذه في بلده لأن نقصان السعر بقله يغير المالك ، بخلاف
تغير السعر في بلد الغصب لأنه لا يصنعه بل بقله الرغبات ، وإن لم يكن في يده وقيمته
أقل فالمالك إن شاء أخذ مثله إن كان مثليا أو قيمته يبلد الغصب أو يصبر ليأخذ مثله
في بلده ؛ وإن كانت قيمته هنا أكثر فالغاصب إن شاء أعطاه مثله أو قيمته ، لأنه هو
الذي يتضرر بالدفع ؛ وإن كانت القيمة سواء فلمالك أن يطالب بالمثل لأنه لا ضرر على
أحد ، ولو تيب في يد الغاصب رده مع قيمة النقصان فيقوم صحيحا ويقوم وبه عيب
فيضمن ذلك ، هذا في غير الربويات لأن للجودة قيمة فيها . فأما الربويات إن شاء أخذه
بعبه وإن شاء ضمنه قيمته صحيحا من غير جنسه وتركه ، لأن الجودة لا قيمة لها عند
المقابلة بالجنس على ما عرف وآتية الصفر والخصا لن يبع وزنا من الربويات وعددا
لا . ولو غصب عينا فصار زيبيا ، أو عصيرا فصار خلا ، أو رطبا فصار تمرا فلمالك إن
شاء أخذ عينه ، وإن شاء ضمنه مثله ؛ ولو غصب عبدا أو جارية صغيرة فكبر أخذه
ولاشئ للغاصب من الثقة قال عليه الصلاة والسلام من وجد عين ماله فهو أحق به ، ولو كان شابا
فصار شيخا ، أو شابة فصار عجوزا ضمن النقصان ، والشلل والعرج وذهاب السمع
والبصر ونسيان الحرفة والقرآن والسرقه والإباق والجنون والزنا عيب يوجب النقصان

وَإِذَا تَغَيَّرَ الْمَغْضُوبُ بِفِعْلِهِ الْغَاصِبِ حَتَّى زَالَ اسْمُهُ وَأَكْثَرُ مَنَافِعِهِ مَلَكَهُ وَضَمِنَتْهُ ، وَذَلِكَ كَذَبِخِ الشَّاةِ وَطَبْخِهَا أَوْ شَبِهَا أَوْ تَقْطِيعِهَا ، وَطَحْنِ الْخِنْطَةِ أَوْ زَرْعِهَا ، وَخَبْزِ الدَّقِيقِ ، وَجَعْلِ الْحَدِيدِ سَيْفًا وَالصُّفْرَ آتِيَةً ، وَاللِّبْنَاءَ عَلَى السَّاجَةِ ، وَاللَّيْنَ حَائِطًا ، وَعَصَرَ الزَّيْتُونَ وَالْعِنَبَ وَغَزَلَ الْقُطْنَ وَنَسَجَ الْغَزَلَ ، وَلَا يَنْتَفَعُ بِهِ حَتَّى يُوَدَّى بِدَلَّةٍ (ز) ، وَلَوْ غَضِبَ تَبْرًا فَضَرَبَهُ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ أَوْ آتِيَةً لَمْ يَمْلِكْهُ (سَم) ، وَمَنْ خَرَقَ ثَوْبَ غَيْرِهِ فَأَبْطَلَ عَامَّةَ مَنَفْعَتِهِ ضَمِنَتْهُ ،

إِنْ حَدَّثَتْ عِنْدَ الْغَاصِبِ ضَمْنَهَا . قَالَ (وَإِذَا تَغَيَّرَ الْمَغْضُوبُ بِفِعْلِ الْغَاصِبِ حَتَّى زَالَ اسْمُهُ وَأَكْثَرُ مَنَافِعِهِ مَلَكَهُ وَضَمِنَتْهُ ، وَذَلِكَ كَذَبِخِ الشَّاةِ وَطَبْخِهَا أَوْ شَبِهَا أَوْ تَقْطِيعِهَا ، وَطَحْنِ الْخِنْطَةِ أَوْ زَرْعِهَا ، وَخَبْزِ الدَّقِيقِ ، وَجَعْلِ الْحَدِيدِ سَيْفًا وَالصُّفْرَ آتِيَةً وَاللِّبْنَاءَ عَلَى السَّاجَةِ ، وَاللَّيْنَ حَائِطًا ، وَعَصَرَ الزَّيْتُونَ وَالْعِنَبَ ، وَغَزَلَ الْقُطْنَ وَنَسَجَ الْغَزَلَ) وَالْوَجْهُ فِيهِ أَنَّهُ اسْتَهْلَكَهَا مِنْ وَجْهِ لِقَوَاتِ مَعْظَمِ الْمَقَاصِدِ وَتَبَدَّلَ الْأَسْمَاءُ ، وَحَقُّهُ فِي الصَّنْعَةِ قَائِمٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِ فَرَجَّحَ عَلَى مَا فَاتَ مِنْ وَجْهِ ؛ بِخِلَافِ مَا إِذَا ذَبَحَ شَاةً وَسَلَخَهَا لِأَنَّ الْأَسْمَاءَ بَاقِي (وَلَا يَنْتَفَعُ بِهِ حَتَّى يُوَدَّى بِدَلَّةٍ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي الشَّاةِ الْمَذْبُوحَةِ الْمُسَبَّلَةِ بِغَيْرِ رِضَا صَاحِبِهَا « أَلْعَمُوهَا الْأَسْرَى » فِيهِ دَلِيلٌ عَلَى زَوَالِ مَلِكِ الْمَالِكِ وَحَرْمَةِ الْإِنْتِفَاعِ قَبْلَ الْإِرْضَاءِ ، وَلِأَنَّ إِبَاحَةَ الْإِنْتِفَاعِ قَبْلَ الْإِرْضَاءِ فَتَحَ بَابَ الْغَضَبِ ، وَيَجُوزُ بَيْعُهُ وَهَبَتْهُ مَعَ الْحَرَمَةِ كَالْبَيْعِ لِلْمَالِكِ ، فَإِذَا أَدَّى بِدَلَّةٍ أَوْ أَبْرَأَهُ الْمَالِكُ جَازَ لَهُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ لِأَنَّهُ صَارَ رَاضِيًا بِالْإِبْرَاءِ وَأَخَذَ الْبَدْلَ ، وَالْقِيَاسُ أَنْ يَجُوزَ لَهُ الْإِنْتِفَاعُ قَبْلَ الْأَدَاءِ ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ، لِأَنَّهُ ثَبَتَ لَهُ الْمَالِكُ فَيَجُوزُ لَهُ الْإِنْتِفَاعُ وَلِهَذَا جَازَ بَيْعُهُ وَهَبَتْهُ . وَعَنْ أَبِي يُونُسَ أَنَّهُ يَزُولُ مَلِكُ الْمَالِكِ عَنْهُ لَكِنَّا يَبِيعُ فِي دِينِهِ وَبَعْدَ الْمَوْتِ هُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ بَاقِي الْفُرْعَاءِ ، وَوَجْهٌ آخَرُ فِي السَّاجَةِ وَاللِّبْنِ أَنْ ضَرَرَ الْمَالِكُ صَارَ مُنْجَبًا بِالْقِيَمَةِ ، وَضَرَرَ الْغَاصِبُ بِالْهَدْمِ لَا يَنْجِبُ فَكَانَ مَا قُلْنَا رِعَايَةً لِلْجَانِبَيْنِ فَكَانَ أَوَّلَى ؛ وَلَوْ غَضِبَ خِيَطًا فَخَاطَ بِهِ بَطْنَ عِبْدِهِ أَوْ أُمْتَهُ أَوْ لَوْحًا فَأَدْخَلَهُ فِي سَفِينَةٍ انْقَطَعَ مَلِكُ الْمَالِكِ إِلَى الضَّمَانِ بِالْإِجْمَاعِ (وَلَوْ غَضِبَ تَبْرًا فَضَرَبَهُ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ أَوْ آتِيَةً لَمْ يَمْلِكْهُ) فَيَأْخُذُهَا الْمَالِكُ وَلَا شَيْءَ لِلْغَاصِبِ ، وَقَالَا : يَمْلِكُهَا الْغَاصِبُ وَعَلَيْهِ مِثْلُهَا لِمَا تَقَدَّمَ أَنَّهُ اسْتَهْلَكَ بِصَنْعَتِهِ مِنْ وَجْهِ لَأَنَّ الْكُسْرَ فَاتَ بَعْضَ الْمَقَاصِدِ وَالْأَبْيَاحُ حَنِيفَةٌ أَنَّ الْعَيْنَ بَاقِيَةٌ مِنْ كُلِّ وَجْهِ نَظَرًا إِلَى بَقَاءِ الْأَسْمَاءِ وَالْثَمَنِ وَالْوِزْنِ وَجَرِيَانِ الرِّبَا فِيهِ وَالصَّنْعُ فِيهَا غَيْرُ مَقْتُومَةٍ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهَا لَا قِيَمَةَ لَهَا عِنْدَ الْمُقَابَلَةِ بِالْخَنَسِ . قَالَ (وَمَنْ خَرَقَ ثَوْبَ غَيْرِهِ فَأَبْطَلَ عَامَّةَ مَنَفْعَتِهِ ضَمِنَتْهُ) لِأَنَّهُ اسْتَهْلَكَهُ بِمَعْنَى كَمَا إِذَا أَحْرَقَهُ ، فَإِذَا ضَمِنَتْهُ جَمِيعَ الْقِيَمَةِ تَرَكَ الثَّوْبَ لِلْغَاصِبِ لِتَلَا يَجْتَمِعُ الْبِدْلَانِ فِي مَلِكٍ وَاحِدٍ وَإِنْ أَسْلَكَ الثَّوْبَ

وَمَنْ ذَبَحَ شاةَ غَيْرِهِ أَوْ قَطَعَ يَدَهَا ، فَإِنْ شَاءَ الْمَالِكُ ضَمَّنَتْهُ نَفْسَتَهَا وَأَخَذَهَا ، وَإِنْ شَاءَ سَكَمَهَا وَضَمَّنَتْهُ قِيمَتَهَا ، وَفِي غَيْرِ مَا كَوَّلَ اللَّحْمَ يَضْمَنُ قِيمَتَهَا بِقَطْعِ الْعَافِ ، وَمَنْ بَنَى فِي أَرْضِ غَيْرِهِ أَوْ غَرَسَ لَزِمَهُ قَلْعُهُمَا وَرَدُّهَا ، وَمَنْ غَضِبَ ثَوْبًا فَصَبَّغَهُ أَحْمَرَ أَوْ سَوِيقًا ، فَلَتَمَّ يَسْمَنُ فَلِلْمَالِكِ إِنْ شَاءَ أَخَذَهَا وَرَدَّ زِيَادَةَ الصَّبْغِ وَالسَّوِيقِ ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ قِيمَةَ الثَّوْبِ أَبِيضَ

ضممنه النقصان لبقاء العين وبعض المنافع ، وإن كان خرقا قليلا يضمن نقصانه لما أنه لم يفوت شيئا بل عيبه . واختلفوا في العيب الفاحش ، قيل هو أن يوجب نقصان ربع القيمة فما زاد ، وقيل ما ينتقص به نصف القيمة ، والصحيح ما يفوت به بعض المنافع (١) ، واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة بل يدخله نقصان العيب . قال (ومن ذبح شاة غيره أو قطع يدها ، فإن شاء المالك ضممنه نقصانها وأخذها ، وإن شاء سلمه وضمنه قيمتها) لأنه إتلاف من وجه لتفويت بعض المنافع من اللبن والنسل وغيرهما وبقاء البعض وهو الأكل فثبت له الخيار كما في الثوب في الحرق الفاحش . قال (وفي غير ما كَوَّلَ اللحم يضمن قيمتها بقطع الطرف) لأنه استهلاكها من كل وجه ، ولو غصب ذابة فقطع رجلها ضمن قيمتها . وروى هشام إن أخذها المالك لأشياء له وإن شاء تركها وأخذ القيمة عند أبي حنيفة كما في الحثثة العمياء خلافا لهما ؛ وإن قلع عين الدابة فعليه ربع القيمة استحسانا وقيمة النقصان قياسا . وفي جنائيات الحسن عن أبي حنيفة لو قُتِلَ عَيْنُ بَرَذُونٍ أَوْ بَغْلٍ أَوْ حِمَارٍ عَلَيْهِ رِبْعُ قِيمَتِهِ ، وَكَذَا كُلُّ مَا يَعْمَلُ عَلَيْهِ مِنَ الْبَقَرِ وَالْإِبِلِ ، وَمَا لَا يَعْمَلُ عَلَيْهِ مَا نَقَصَ . وقال في الجامع الصغير : وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة ، وفي عين شاة القصب ما نقصها ، والحمل والطير والدجاجة والكلب ما نقصه . وقال أبو يوسف : عليه ما نقصه في جميع البهائم اعتبارا بالشاءة . ولنا ما روى أنه عليه الصلاة والسلام « قضى في عين الدابة بربع القيمة » وكذا قضى عمر رضي الله عنه ، ولأنها تصلح للحمل والركوب والعمل ، ولا تقوم هذه المصالح إلا بأربعة أعين عينيها وعيني المستعمل فصارت كذات أربعة أعين ، فيجب في أحدها ربع القيمة كما قلنا في أحد الأهداب ربع الدية لما كانت أربعة . قال (ومن بنى في أرض غيره أو غرس لزمه قلعهما وردُّها) على ما بينا في الإجازات . قال عليه الصلاة والسلام « ليس لعرق ظالم حق » ولأنه أشغل ملك الغير فيؤمر بتغيره دفعا للظلم وردا للحق إلى مستحقه . قال (ومن غصب ثوبا فصبغه أحمر أو سويقا فلته بسمن فالمالك إن شاء أخذها وردَّ زيادة الصبغ والسويق ، وإن شاء أخذ قيمة الثوب أبيض

(١) بأن كان يصلح للبقاء قبله وبعده لا يصلح له ويصلح للقبض اه ابن فرشته .

وَمِثْلَ السَّوْقِ وَسَلَّمَهَا .

فصل

زَوَائِدُ الْغَصْبِ أَمَانَةٌ، مُتَّصِلَةٌ كَانَتْ أَوْ مُنْفَصِلَةٌ، وَيَضْمُنُّهَا بِالتَّعْدِي
أَوْ بِالْمَنْعِ بَعْدَ الطَّلَبِ، وَمَا نَقَصَتْ الْجَارِيَةَ بِالْوِلَادَةِ مَضْمُونٌ وَيُجْبَرُ بِوَلَدِهَا
وَبِالْفَرَةِ؛ وَمَنَافِعُ الْغَصْبِ غَيْرُ مَضْمُونَةٍ اسْتَوْفَاهَا أَوْ عَطَّلَهَا،

ومثل السوق وسلمها (لأن في ذلك رعاية الجانيين على ما تقدم وصاحب الثوب صاحب
الأصل فكان الخيار له . وقال في الأصل تجب قيمة السوق بناء على أنه يتغير بالثقل فلم يصر
مثليا وصماه ههنا مثليا لقيام القيمة مقامه والألوان كلها سواء . وقال أبو حنيفة : السواد
نقصان ، قيل هو اختلاف عصر وزمان ، وقيل إن نقصه السواد فهو نقصان .

فصل

(زوائد الغصب أمانة متصلة كانت) كالسرى والجمال والحسن (أو منفصلة) كالولد
والعقر والفرقة والضوف واللين لأن الغصب لم يردّ عليها لأنه إزالة يد المالك باثبات يده
ولم يوجبا ، فلا يضمن ، لأن ضمان الغصب ولا غصب محال . قال (ويضمنها بالتعدي)
بأن أكله أو أكله أو ذبحه أو باعه وسلمه (أو بالمنع بعد الطلب) لأن المالك ثابت للغير
وقد تعدى فيه فيضمنه لما مرّ ، وإن طلب المتصلة لا يضمن بالبيع لأن الطلب غير صحيح
لعدم إمكان ردّ الزوائد بدون الأصل ، وقالوا : يضمنها بالبيع والتسليم كالمنفصلة :
ولأن حنيفة أن سبب الضمان إخراج المحلّ من أن يكون متفعلا به في حقّ المالك ولم يوجد
هنا لأن الزيادة المتصلة ما كان متفعلا بها في حقّ المالك لعدم يده عليها فلا يجب الضمان ولو
زادت قيمتها فعليه قيمتها يوم الغصب لا غير لأنه سبب الضمان على ما تقدم . قال (وما نقصت
الجارية بالولادة مضمون) لقوات بعضها (ويجبر بولدها وبالفرّة) لانعدام النقصان حكما
ولأن العلوق أو الولادة سبب للزيادة والنقصان فلا يوجب الضمان كما إذا سقطت سنها ثم
نبتت أو هزلت ثم سميت أو ردّ أرش اليد فانه يجبر به نقص القطع كلها هنا وصار كضمن
المبيع ، وإن لم يكن بالولد وفاء انجبر بقدره وضمن الباقي ، والفرّة كالولد لأنها قائمة
مقامه لوجهها بدلا عنه ، ولو مات وبالولد وفاء بقيمتها لا شيء عليه هو الصحيح ، لأنه
لما ضمنها يوم الغصب ملكها من ذلك الوقت فتبين أن النقصان حصل على ملكه فلا حاجة
إلى الجابر . قال (ومنافع الغصب غير مضمونة استوفاهما أو عطلها) أو استغل لعدم ورود
الغصب عليها ولا مماثلة بينها وبين الأعيان لبقاء الأعيان وهي لا تبقى زمانين ولأنها غير متقومة ،

مَنْ اسْتَهْلَكَ حَرَّمَ الذِّي أَوْ خِزِيرَةً فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ ، وَكَوْ كَانَا مُسْلِمِينَ
إِلَّا فُقِيَءَ عَلَيْهِ ، وَيَجِبُ فِي كَسْرِ الْمَعَارِفِ قِيَمَتُهَا (سم) لِغَيْرِ اللّٰهُو .

وإنما تقوم بالإجارة ضرورة ورود العقد عليها ولم يوجد ويضمن ما نقص باستعماله
لاستهلاكه بعض أجزائه . قال (ومن استهلك خر الذئ أو خنزيره فعليه قيمته ، ولو كانا
لمسلم فلا شيء عليه) لقوله عليه الصلاة والسلام « اتركوهم وما يدينون » وإنهم يدينون
بمالبيها ، فإن الخمر والخنزير عندهم كالخل والشاة ، بل هما من أنفس الأموال عندهم .
وقال عليه الصلاة والسلام « إذا قبلوها » : يعنى الجزية « فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم
ما على المسلمين » وللمسلمين التضمين باتلاف ما يعتقدونه مالا ، فكذا يكون الذى ،
يخالف المسلم لأنهما ليسا مالا فى حقه أصلا ، وحرمة بلهما عليه كحرمتهما ، والخمر وإن
كان مثليا فالمسلم ممنوع عن تملكه فوجب القيمة ، أما الربا فحرام عندهم وهو مستثنى عن
عقد اللزمة . قال (ويجب فى كسر المعازف قيمتها لغير اللهو) وسواء كانت مسلم أو ذئ
كالربط والطبل والدف والمزمار والحنك والعود ونحوها . ويجوز بيعهما . وقالوا : لا يضمن
ولا يجوز بيعهما لأنها أعدت للمعاصى فلا تضمن كالخمر ، ومتلفها يتأول فيها النهى عن
المنكر وأنه مأمور به شرعا فلا يضمن كإذن القاضى وبلى أولى . ولأنى حنيفة أنها أموال
صالحة للانتفاع فى جهة مباحة وتصلح لما يحل فيضمن ، والفساد بفعل فاعل مختار
فلا يسقط التقوم وجواز البيع لأنهما بناء على المسالية وصار كالجارية المغنية ، ونجب قيمتها
لغير اللهو كالجارية المغنية والكيش التطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصى ،
فإنه يجب قيمتها غير صالحة لهذه الأمور كلها هذا . ولو أحرق بابا منحوتا عليه تماثيل
منقوشة ضمن قيمته غير منقوش ، لأن نقش التماثيل حرام غير متقوم ، وإن كان مقطوع
الرأس يضمن قيمته منقوشا لأنه غير حرام ، والتماثيل على البساط غير محرم فيجب قيمته
منقوشا . ولو غصب ثوبا فكساه للمالك ، أو طعاما فقدمه بين يديه فأكله وهو لا يعلم به
برى من الضمان لأنه أعاد الشيء إلى يده وقد تمكن من التصرف فيه حقيقة فيبرأ بالنص ،
وهو قوله عليه الصلاة والسلام « على اليد ما أخذت حتى ترد » ولو جاء الغاصب بقيمة
المغضوب إلى المالك فلم يقبلها أجبره الحاكم على قبولها ، فإن وضعها فى حجره برى ،
وإن وضعها بين يديه لا يبرأ ، بخلاف ما إذا وضع المغضوب أو الودعية بين يديه حيث يبرأ
لأن الواجب فيه رد العين وأنه يتحقق بالتخلى ، والواجب فى الدين القبض لتتحقق المعاوضة
فى المقاصة والقبض لا يحصل بالتخلى . وروى ابن سماعه عن محمد : للقاضى أن يأخذ المال
من الغاصب والسارق إذا كان المالك غائبا ويحفظه عليه ، فإن ضاع فجاء المالك فله أن
يضمن الغاصب والسارق ولا يبرأ بأخذ القاضى ، لأن للقاضى التصرف فى مال الغائب فيما

كتاب إحياء الموات

المَوَاتُ : مَا لَا يُنْتَفَعُ بِهِ مِنَ الْأَرْضِ ، وَلَيْسَ مِنْكَ مُسْلِمٌ وَلَا ذِمِّيٌّ وَهُوَ بَعِيدٌ مِنَ الْعُمَرَانِ ، إِذَا وَقَفَ إِنْسَانٌ بِطَرْفِ الْعُمَرَانِ وَتَادَى بِأَعْلَى صَوْتِهِ لَا يُسْمَعُ ، مَنْ أَحْيَاهُ بَاذِنَ الْإِمَامِ (سَمِ) مَلَكَهُ مُسْلِمًا كَانَ أَوْ ذِمِّيًّا ،

يُؤَدَّى إِلَى حِفْظِهِ لَا فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى إِبْرَاءِ حَقِّهِ . وَلَوْ حُلَّ دَابَّةٌ رَجُلٍ أَوْ قِيدَ صَبَدَةٍ ، أَوْ فَتَحَ قَفْصَهُ وَفِيهِ طَيْرٌ لَمْ يَضْمَنْ لِأَنَّهُ تَخَلَّلَ بَيْنَ فِعْلِهِ وَالتَّلَفِ فَعَلُ فَاعِلٍ غُخَارَ ، وَهُوَ ذَهَابُ الدَّابَّةِ وَالْعَبْدِ وَطَيْرَانِ الطَّيْرِ ، وَاخْتِيَارُهُمْ صَحِيحٌ وَتَرْكُهُ مِنْهُمْ مَتَّصُورٌ ، وَالِاخْتِيَارُ لَا يَنْعَدَمُ بِانْعِدَامِ الْعَقْلِ ، أَلَّا تَرَى أَنَّ الْمُجَنَّبِينَ يَضْمَنْ مَا يَتَلَفُهُ وَإِنْ كَانَ مَعْلُومَ الْعَقْلِ ، فَيُضَافُ التَّلَفُ إِلَى الْمُبَاشَرَةِ دُونَ السَّبَبِ كَالْجَافِرِ وَالْدَّافِعِ ، وَلَوْ حُلَّ فَمِ زَقٍّ فِيهِ دَهْنٌ فَسَلَّ ضَمْنٌ لِأَنَّهُ تَسَبَّبَ تَلَفُهُ بِإِزَالَةِ الْمَسْكِ ، فَلَمْ يَتَخَلَّلْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ التَّلَفِ فَعَلُ فَاعِلٍ غُخَارَ ، وَلَوْ كَانَ جَامِدًا فَشَقَّه لَفَذَابُ بِالشَّمْسِ ثُمَّ سَالَ لَمْ يَضْمَنْ لِأَنَّ الْجَامِدَ يَسْتَمْسِكُ بِنَفْسِهِ بِالْبَزْقِ ، فَلَمْ يَكُنِ الشَّقُّ إِتْلَافًا وَإِنَّمَا صَارَ مَا تَمَّا بِالشَّمْسِ لَا يَفْعَلُهُ . ذَهَبَتْ دَابَّةٌ رَجُلٍ لَيْلًا أَوْ نَهَارًا بِغَيْرِ إِرْسَالٍ صَاحِبِهَا فَأَسْدَتِ زَرْعَ رَجُلٍ لِأَخِيَانِ عَلَيْهِ ، لِأَنَّهُ ذَهَبَتْ بِاخْتِيَارِهَا وَفَعَلَهَا هَدْرٌ . قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « الْعَجْمَاءُ جَبَارٌ » وَإِنْ أُرْسِلَهَا ضَمْنٌ : رَجُلٌ وَجَدَ فِي زَرْعِهِ أَوْ دَارِهِ دَابَّةٌ فَأَخْرَجَهَا فَهَلَكَتْ أَوْ أَكَلَهَا الذَّنْبُ لَمْ يَضْمَنْ نَصٌّ عَلَيْهِ مُحَمَّدٌ فِي الْمُتَّقَى ، قَالُوا : وَالصَّحِيحُ إِنْ أَخْرَجَهَا وَلَمْ يَسْقَهَا لَمْ يَضْمَنْ لِأَنَّ لَهُ وَلَايَةَ الْإِخْرَاجِ ، وَإِنْ سَاقَهَا بَعْدَ الْإِخْرَاجِ ضَمْنٌ : رَجُلٌ ادْخَلَ دَابَّةً فِي دَارِ رَجُلٍ فَأَخْرَجَهَا صَاحِبُ الدَّارِ فَهَلَكَتْ لَا يَضْمَنْ . وَإِنْ وَضَعَ ثَوْبًا فِي دَارِهِ فَرَمَى بِهِ فَضَاعَ ضَمْنٌ لِأَنَّ الثَّوْبَ لَا يَضُرُّ الدَّارَ وَكَانَ الْإِخْرَاجُ إِتْلَافًا ، وَالدَّابَّةُ تَضُرُّ بِالدَّارِ فَلَمْ يَكُنْ إِتْلَافًا .

كتاب إحياء الموات

(الموات : ما لا ينتفع به من الأرض) لا تقطع الماء عنه ، أو تغلبته عليه ، أو كونها حجرا أو مبيخة ونحو ذلك مما يمنع الزراعة ، سميت بذلك لعدم الانتفاع بها كالميت لا ينتفع به ، فإكان كذلك (وليس ملك مسلم ولا ذمي وهو بعيد عن العمران ، إذا وقف إنسان بطرف العمران وتادى بأعلى صوته لا يسمع من أحياء باذن الإمام ملكه مسلما كان أو ذميا) لأن ما كان قريبا من العمران يرتفق الناس به عادة فيطرحون به البيادر ويرعون فيه المواشي . وعن محمد أنه يعتبر أن لا يرتفق به أهل القرية وإن كان قريبا ، واختار هو الأول لتعلق حقهم به حقيقة أو دلالة فلا يكون مواتا ، وكذلك إذا كان محتطبا لهم لا يجوز

وَلَا يَجُوزُ إِحْيَاؤُهُ مَاقَرَّبَ مِنَ الْعَامَةِ ، وَمَنْ حَجَرَ أَرْضًا ثَلَاثَ سِنِينَ فَلَمْ يَزْرَعْهَا دَفَعَهَا الْإِمَامُ إِلَى غَيْرِهِ .

إحياؤه لأنه حقهم ، ويشترط في الإحياء إذن الإمام ، وقالوا : لا يشترط لقوله عليه الصلاة والسلام « من أحيا أرضاً ميتة فهي له ، وليس لمرق ظالم حق » ، ولأنه مباح سبقت يده إليه كالصيد . ولأن حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه » والمراد به في المباحات ، إلا أن الخطب والحشيش والماء خص عنه بالحديث ، فبقى الباقي على الأصل ، وحديثهما محمول على الإذن لقوم مخصوصين توفيقاً بين الحديثين ، ولأنه وصل إلى يد المسلمين بالقتال والغلبة فيكون غنيمة ، ولا يحل لأحد بدون إذن الإمام كسائر الغنائم ، والمسلم والذي سواء ، لأن الإحياء سبب الملك فيستويان فيه كسائر الأسباب ؛ ويجب فيها العشر على المسلم والخراج على الذي لأنه ابتداء وضع ، فيجب على كل واحد ما يليق به ، وإن سقاه بماء الخراج يعتبر بالماء ؛ والإحياء : أن يبني فيها بناء ، أو يزرع فيها زرعاً ، أو يجعل للأرض مسابة (١) ونحو ذلك ، ويكون له موضع البناء والزرع دون غيره . وقال أبو يوسف : إن عمر أكثر من النصف كان إحياءً بجميعها ، وإن عمر نصفها له ماعر دون الباقي . وذكر ابن سماعة عن أبي حنيفة إن حفر فيها بئراً أو ساق إليها ماء فقد أحياها زرع أو لم يزرع ، ولو شقّ فيها أنهاراً لم يكن إحياءً إلا أن يجري فيها ماء فيكون إحياء (ولا يجوز إحياء ما قرب من العامر) لما بينا ؛ ومن أحيا مواتاً ثم أحاط الإحياء بيجوانبه الأربعة على التعاقب فطريق الأول في الأرض من الرابعة لتعينها ، روى ذلك عن محمد . ومن أحيا مواتاً ثم تركها فزرعها آخر ، قيل هي للثاني لأن الأول ملك استغلاها لأرقيتها ؛ وقيل هي للأول وهو الأصح لأنها ملكه بلام الملك في الحديث . قال (ومن حجر أرضاً ثلاث سنين فلم يزرعها دفعها الإمام إلى غيره) لأن التحجير ليس بإحياء ، والإمام دفعها لتحصيل المصلحة من العشر والخراج ، فإذا لم يحصل دفعها إلى غيره ليحصل . وسمى تحجيراً لوجهين : أحدهما من الحجر وهو المنع لأنه يمنع غيره عنها ؛ الثاني أنهم يضعون الأحجار حولها تعليلاً لخلودها لئلا يشركهم فيها أحد . والتحجير أن يعلمها بعلامة بأن وضع الحجارة أو غرس حولها أغصاناً يابسة أو قلع الحشيش أو أحرق الشوك ونحوه فإنه تحجير ، وهو استيाम (٢) وليس بإحياء ، ولهذا لو أحياها غيره قبل ثلاث سنين ملكها لأنه أحياها ، كما يكره السوم على سوم أخيه ، ولو عقد جاز العقد والتقدير بثلاث سنين مروى عن عمر رضي الله عنه فإنه قال : من أحيا أرضاً ميتة فهي له

(١) المسابة : ما يبني للسيل ليرد الماء اه مغرب .

(٢) قوله استيام : أى تعليم .

وَمَنْ حَفَرَ بَرًا فِي مَوَاتٍ فَحَرَمَ بِهَا أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ لِلنَّاضِحِ (سم) وَالْعَطَنِ . فَنَ أَنْ أَرَادَ أَنْ يَحْفَرَ فِي حَرَمِهَا مَنَعَ ، وَحَرِيمُ الْعَيْنِ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ خَمْسَائَةِ ذِرَاعٍ ، وَالْقَنَاةُ عِنْدَ خُرُوجِ الْمَاءِ كَالْعَيْنِ ، وَلَا حَرِيمَ لِلنَّهْرِ الظَّاهِرِ (سم) إِذَا كَانَ فِي مِلْكٍ الْغَيْرِ إِلَّا بِبَيْتَةٍ ، وَكَذَا لَوْ حَفَرَهُ فِي أَرْضِ مَوَاتٍ لِاحْرِمَ لَهُ ،

وليس للمحجر بعد ثلاث حق . قال (ومن حفر بئرًا في موات فحريمها أربعون ذراعًا من كل جانب للناضح والعطن) عند أبي حنيفة (فن أراد أن يحفر في حريمها منع) لأن في الأراضي الرخوة يتحول الماء إلى ما يحفر دونها فيؤدي إلى اختلال حقه ، ولأنه ملك الحريم ليمكن من الانتفاع به وذلك بمنه . وقال أبو يوسف ومحمد : إن كانت للناضح فستون لحديث الزهري أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « حريم العين خمسمائة ذراع ، وحريم بئر العطن أربعون ذراعاً ، وحريم بئر الناضح ستون ذراعاً » ولأنه يحتاج فيها إلى سير الدابة للاستقاء وقد يطول الرشا وبئر العطن يستقى منها بيده فكانت الحاجة أقل . ولأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « من حفر بئرًا فله ما حولها أربعون ذراعاً عطناً لما شئت » من غير فصل ، ولأن استحقاق الحريم على خلاف القياس لأنه في غير موضع الإجماع وهو الحفر ، وإنما تركناه في موضع اتفاق الحديثان فيه ، وما اختلفا فيه يبق على الأصل ، ويمكن أن يدبر الدابة حول البئر فلا يحتاج إلى زيادة مسير . وقال أبو حنيفة : جعل في حديث الزهري ستين ذراعاً حريماً لمدّ الحبل لأنه يملك ما زاد على الأربعين ، ولو احتاج إلى سبعين بمدّ الحبل إليه ، وكان له مدّ الحبل لأنه يملكه . وذكر في النوادر عن محمد أن حريم بئر الناضح بقدر الحبل سبعون كان أو أكثر ، والعطن : مبرك الإبل حول الماء ، يقال : عطنت الإبل فهي عاطنة وعواطن إذا سقيت وتركت عند الحياض لتعاد إلى الشرب ، والنواضح : الإبل التي تسقى الماء ، والواحد ناضح ، وفي الحديث « كل ماسق من الزرع نضحا ففيه نصف العشر » . قال (وحريم العين من كل جانب خمسمائة ذراع) لما سبق من الحديث ، ولأن العين تستخرج للزراعة ، ولا بدّ من موضع حوض يجمع فيه الماء ، وساقية يجرى فيها الماء إلى المزارع فاحتاج إلى مسافة أكثر من البئر . قال (والقناة عند خروج الماء كالعين) وقبله قيل هو مفوّض إلى رأى الإمام ، لأنه لا بدّ للقناة من الحريم للمضى طيته ما لم يظهر ، فإذا ظهر فهو كالعين القوارة ، قيل هو قولهما . أما على قول أبي حنيفة لاحتريم للقناة ما لم يظهر الماء ، لأنه نهر مطوى فيعتبر بالظاهر الظاهر (ولا حريم للنهر الظاهر) عند أبي حنيفة (إذا كان في ملك الغير إلا ببينة ، وكذا لو حفره في أرض موات لاحتريم له) خلافاً لهما . وقال المحققون من مشايخنا : للنهر حريم بقدر

وَلَوْ غُرَسَ شَجَرَةٌ فِي أَرْضِ مَوَاتٍ فَحَرَمُهَا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ خَمْسَةُ أَذْرُعٍ ،
وَمَا عَدَلَ عَنْهُ الْفُرَاتُ وَدَجَلَةُ يُجُوزُ أَحْيَاؤُهُ إِنْ لَمْ يُحْتَمَلْ عَوْدُهُ إِلَيْهِ ،
وَأِنْ احْتَمَلَ عَوْدُهُ لَا يُجُوزُ .

كتاب الشرب

وَهُوَ النَّصِيبُ مِنَ الْمَاءِ ، وَتَقْسِمَةُ الْمَاءِ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ

ما يحتاج إليه لإلقاء الطين ونحوه بالاتفاق . ثم قال أبو يوسف : حريم مقدار عرض نصف
النهر من كل جانب ، لأن المتبر الحاجة الغالبة ، وذلك ينقل ترابه إلى حافته فيكنى
ما ذكرنا . وقال محمد : عرض جميع النهر من كل جانب لأنه قد لا يمكنه إلقاء التراب من
الجانبين فيحتاج إلى إلقائه في أحدهما فيقدر في كل طرف بطن النهر والحوض على هذا
الاختلاف . لما أنه لا انتفاع بالنهر والحوض إلا بالحريم لأنه يحتاج إلى المشي فيه لتسهيل
الماء ، ولا يكون ذلك عادة في بطنه وإلى إلقاء الطين وأنه يخرج بقله ، فوجب أن يكون
له حريم كالبر . وله أن الحريم على خلاف القياس لما مر تركناه في البر بالحديث ،
ولأن الحاجة في البر أكثر لأنه لا يمكن الانتفاع بماء البر بدون الاستسقاء ولا استسقاء إلا
بالحريم . أما النهر يمكن الانتفاع بمائه بدون الحريم . ثم قال (ولو غرس شجرة في أرض
موات فحريمها من كل جانب خمسة أذرع) ليس لغيره أن يغرس فيه ، لما روى أن رجلا
غرس شجرة في أرض فلاة ، فجاء آخر وأراد أن يغرس شجرة إلى جانب شجرته ، فشكا
الأول إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأمر أن يؤخذ من شجرته جريدة فتذرع ، فبلغ
خمسة أذرع ، فجعل له صلى الله عليه وسلم الحريم من كل جانب خمسة أذرع وأطلق للآخر
فيما وراء ذلك ، وهذا الحديث ذكره أبو داود في سننه ، وذكر في رواية « سبعة أذرع » :
قال في المحط : هذا حديث صحيح يجب العمل به . قال (وما عدل عنه الفرات ودجلة يجوز
أحياؤه إن لم يحتمل عوده إليه) لأنه كالموات وهو في يد الإمام إذا لم يكن حريما لعامر
(وإن احتمل عوده لا يجوز) لحاجة العامة إليه ، والله عز وجل أعلم بالصواب .

كتاب الشرب

(وهو النصيب من الماء) للأراضي وغيرها . قال الله تعالى - لها شرب ولكم شرب
يوم معلوم - . قال (وقسمة الماء بين الشركاء جائزة) ويث رسول الله صلى الله عليه وسلم
والناس يفعلونه فأقرهم عليه ، وتعامله الناس إلى يومنا من غير نكير ، وهو قسمة باعتبار
الحق دون الملك ، لأن الماء غير مملوك في النهر ، والقسمة تارة تكون باعتبار الملك ،

وَيُحْزَرُ دَعْوَى الشَّرْبِ بِغَيْرِ أَرْضٍ ، وَيُورَثُ ، وَيُوصَى بِمَنْفَعَتِهِ دُونَ رَقَبَتِهِ
وَلَا يَبَاعُ ، وَلَا يُوْهَبُ ، وَلَا يَتَصَدَّقُ بِهِ ، وَلَا يَصْلَحُ مَهْرًا ، وَلَا بَدَلًا
فِي الْخُلْعِ ، وَلَا بَدَلًا فِي الصَّلْحِ عَنْ دَعْوَى الْمَالِ وَلَا فِي الْقَصَاصِ .
وَالْمَيَاهُ أَنْوَاعٌ : مَاءُ الْبَحْرِ ، وَهُوَ عَامٌ لِجَمِيعِ الْخَلْقِ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ بِالشَّقَةِ
وَسَقَى الْأَرْضِ وَشَقَّ الْأَنْهَارِ وَالْأَوْدِيَةَ وَالْأَنْهَارُ الْعِظَامُ كَجَيْحُونَ وَسَيْحُونَ
وَالنَّيْلُ وَالْفُرَاتُ وَدَجَلَةُ ، فَالنَّاسُ مُشْتَرِكُونَ فِيهِ فِي الشَّقَةِ وَسَقَى الْأَرْضِ
وَنَصَبِ الْأَرْحِيَةِ .

وتارة باعتبار الحق كقسمه الغنائم . قال (ويجوز دعوى الشرب بغير أرض) استحسانا
لجواز أن يكون الشرب حقا له بدون الأرض بأن اشترى الأرض والشرب ثم باع الأرض
وبقي الشرب أو ورثه ، وقد يملك بالإرث ما لا يملك بالبيع كالقصاص والخمر ، وإذا
شهدوا بشرب يوم من النهر لا تقبل إذا لم يقولوا من كم يوم ، ولو ادعى أرضا على نهر
شربها منه فشهدوا له بالأرض قضى بها وبحسبها من الشرب ، لأن الأرض لا تنفك عن
الشرب ، ولو ادعى الشرب وحده فشهدوا له لا يقضى بشيء من الأرض . قال (ويورث
ويوصى بمنفعة دون رقبته) لأنه حتى مالى فيجوز فيه الإرث ، وجهالة الموصى به لا تمنع
الوصية ، لأن الوصية من أوسع العقود حتى جازت للمعلوم وبالمعلوم : قال (ولا يباع
ولا يوهب ، ولا يتصدق به) للجهالة الفاحشة وعدم تصور القبض ، ولأنه ليس بمتمم
حتى لو سقى به غيره لا يضمن (ولا يصلح مهرا) لما بينا ويجب مهر المثل (ولا بدلا في
الخلع) حتى ترد ما قبضت من المهر (ولا بدلا في الصلح) عن دعوى المال (ولا
في القصاص) ويسقط القصاص وتجب الدية .

(والمياه أنواع) الأول (ماء البحر) وهو عام لجميع الخلق الانتفاع به بالشقة
وسقى الأراضي وشق الأنهار لا يمنع أحد من شيء من ذلك كالانتفاع بالشمس والهواء .
(و - الثاني) الأودية والأنهار العظام كجيحون وسيحون والنيل والفرات ودجلة ،
فالناس مشتركون فيه في الشقة وسقى الأراضي ونصب الأرحية (والنوالى إذا لم يضر
بالعامة ، وذلك بأن يحى مواتا ويشق نهرا لسقيها ليس في ملك أحد لأنه مباح في الأصل
. وغلبة الماء تمنع قهر غيره واستيلاءه عليه ، وإن كان يضر بالعامة فليس له ذلك ، لأن
دفع الضرر عنهم واجب ، وذلك بأن يكسر ضفته فيميل الماء إلى جانبها فيفرق الأراضي
والقرى ، وكذا شق الساقية للرحى والدالية .

«وَمَا يَجْرِي فِي نَهْرٍ خَاصٍّ لِقَرْيَةٍ فَلْيَغْيِرْهُمْ فِيهِ شَرِكَةٌ فِي الشَّقَةِ ، وَمَا أُحْرِزَ فِي حُبٍّ وَنَحْوِهِ فَلْيَنْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا يَدُونُ إِذْنَ صَاحِبِهِ وَكَهْ يَسْبِعُهُ ، وَلَوْ كَانَتِ الْبُتْرُ أَوْ الْعَيْنُ أَوْ النَّهْرُ فِي مِلْكٍ رَجُلٍ لَهُ مَنَعٌ مَنْ يُرِيدُ الشَّقَةَ مِنَ الدَّخُولِ فِي مِلْكِهِ إِنْ كَانَ يَجِدُ غَيْرَهُ يَقْرُبُهُ فِي أَرْضٍ مُبَاحَةٍ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فَأَمَّا أَنْ يَتْرُكَهُ يَأْخُذَ بِنَفْسِهِ أَوْ يُخْرِجَ الْمَاءَ إِلَيْهِ ، فَإِنْ مَنَعَهُ وَهُوَ يَخَافُ الْعَطَشَ عَلَى نَفْسِهِ أَوْ مَطْيِئَتِهِ قَاتِلَهُ بِالسَّلَاحِ ، وَفِي سَحَرٍ بِالْإِنَاءِ يُقَاتِلُهُ بِغَيْرِ سِلَاحٍ ، وَالطَّعَامُ حَالَةَ الْمَخْمَصَةِ كَالْمَاءِ الْمُحَرَّرِ بِالْإِنَاءِ .

(و) الثالث (ما يجري في نهر خاص لقريه فليغيرهم فيه شركة في الشقة) وهو الشرب والسقي للدواب ، ولهم أخذ الماء للوضوء وغسل الثياب والخبز والطبخ لغيره ، وإن أتى على الماء كله . روى أنه وردت على أبي حنيفة مسائل من خراسان فدفعها إلى زفر ليكتب فيها : منها رجل له ماء يجري إلى مزارعه فيجىء رجل فيسقي إبله ودوابه منه حتى ينفذه كله هل له ذلك ؟ فكذب زفر : ليس له ذلك ، فعرضها على أبي حنيفة فغلطه وقال : لصاحب الإبل ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام « الناس شركاء في ثلاث » الحديث ، والحديث يشمل الشرب والشرب ، إلا أن الشرب خص في النهر الخاص دفعا للفرار عن أهله ، وبقي حق الشقة للضرورة إما لشدة الحاجة ، أو لأنه لا يقدر على استصحاب الماء في كل مكان . والبئر والحوض حكمهما حكم النهر الخاص .

(و) الرابع (ما أحرز في حب ونحوه فليس لأحد أن يأخذ منه شيئا بدون إذن صاحبه وله بيعه) لأنه ملكه بالإحراز وصار كالصيد والحشيش إلا أنه لا يقطع في سرقته لقيام شبهة الشركة فيه بالحديث . قال (ولو كانت البئر أو العين أو النهر في ملك رجل له منع من يريد الشقة من الدخول في ملكه إن كان يجد غيره بقربه في أرض مباحة ، فإن لم يجد فاما أن يتركه يأخذ بنفسه) بشرط أن لا يكسر ضفته (أو يخرج الماء إليه ، فإن منعه وهو يخاف العطش على نفسه أو مطيئته قاتله بالسلاح) لما روى أن قوما وردوا ماء فسألوا أهله أن يدلهم على البئر فأبوا ، فسألهم أن يعطوهم دلوأ فأبوا ، فقالوا لهم : إن أعانقنا وأعانق مطايانا قد كادت تنقطع فأبوا أن يعطوهم ، فذكروا ذلك لعمر رضي الله عنه فقال : هلا وضعتم فيهم السلاح ؟ ولأنه منع المضطر عن حقه ، لأن حقه ثابت في الشقة فكان له أن يقاتله بالسلاح (وفي المحرز بالإناء يقاتله بغير سلاح) لأنه ملكه بالإحراز حتى كان له تضمينه ، إلا أنه مأمور أن يدفع إليه قدر حاجته فبالتنع خالف الأمر فيؤدبه (والطعام حالة المخمصة كالماء المحرز بالإناء) في الإباحة والمقاتلة والضمان لما بينا ،

فصل

كَرَى الْأَنْهَارِ الْعِظَامَ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ ، وَمَا هُوَ مَمْلُوكٌ لِلْعَامَةِ فَكْرِيهِ
عَلَى أَهْلِهِ ، وَمَنْ أَبَى مِنْهُمْ يُجْزَى ،

ولو كان النهر أو البئر في موات قد أحياه فليس له أن يبيع صاحب الشقة من الدخول إذا كان لا يكره المسناة ، لأن الموات كان مشتركا والإحياء لحق مشترك فلا يقطع حق الشقة . والأصل في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « المسلمون » وفي رواية « الناس مشتركون في ثلاث : في الماء والكلا والنار » أثبت الشركة فيما للناس كافة ، المسلمون والكفار فيه سواء فحكم الماء ما ذكرنا . وأما الكلا إن كان في أرض مباحة فالناس فيه شركاء في الاحتشاش والرعى كاشتراكهم في ماء البحر ، وإن كان في أرض مملوكة ولله نبت بنفسه فهو كالنهر في أرضه لا يمنع عنه وله المنع من الدخول في ملكه ، وإن لم يجد غيره فعلى التفصيل الذي ذكرنا في الماء ، وإن أنبت في أرضه فهو مملوك له ، والكلا ما انبسط على الأرض ولا ساق له كالأنخز ونحوه ، أما ماله ساق فهو شجر وهو ملك لصاحب الأرض لأنه عليه الصلاة والسلام إنما أثبت الشركة في الكلا لاني الشجر ، والعوسج من الشجر . وأما النار فلو أوقد نارا في مفازة فالبحر ملكه وليس له أن يمنع أحدا من الاستضاءة والاصطلاء وأن يتخذ منها سراجا ، لأن البحر من الحطب وأنه ملكه والنور جوهر البحر ، ولأننا لو أطلقنا الناس في أخذ البحر لم يبق له ما يصطلى به ولا ما يجزى ويطبخ به ، وإن أوقد النار في ملكه فله أن يمنع غيره من الدخول في ملكه لامن النار كما مر في الماء والكلا .

فصل

(كرى الأنهار العظام على بيت المال) وهي التي لا تدخل في المقاسم كسيحون وإخوته جيحون والنيل ودجلة والفرات وما شابهها ، لأن منفعتها العامة فيكون في مالهم ، فإن لم يكن في بيت المال شيء أجبر الناس على كرية إذا احتاج إلى الكرى لإحياء لحق العامة ودفع الضرر عنهم ، لكن يخرج الإمام من يطبق العمل ويجعل ثمنهم على المياسير الذين لا يطبقونه (وما هو مملوك للعامة فكريه على أهله) لأن منفعتهم لهم (ومن أبى منهم يجزى) دفعا للضرر العام ، وهو ضرر الشركاء بالضرر الخاص ، كيف وفيه منفعة فلا يعارضه وإن كان فيه ضرر عام بأن خافوا أن ينشق النهر فيخرج الماء إلى طريق المسلمين وأراضيهم ، فعليهم تخصيصه بالخصص ، والنهر المملوك لجماعة مخصوصين فكريه عليهم ، ومن أبى منهم قيل يجزى لسا مر ، وقيل لا يجزى لأن كل واحد من الضررين خاص ، ويمكن دفعه بالكري بأمر القاضي ، ثم يرجع على الآتي ، ولا كذلك الأول .

وَمَثُونَةُ الْكَرَى إِذَا جَاوَزَ أَرْضَ رَجُلٍ تَرَفَّعَ عَنْهُ (مم) ، وَكَيْسَ عَلَى أَهْلِ الشُّفَّةِ شَيْءٌ مِنَ الْكَرَى . نَهْرٌ لِرَجُلٍ يَجْرِي فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ لَيْسَ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ مَنَعُهُ . نَهْرٌ بَيْنَ قَوْمٍ اخْتَصَمُوا فِي الشَّرْبِ فَهُوَ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدَرِ أَرْضِيهِمْ ، وَكَيْسَ لِلْأَعْلَى أَنْ يُسْكِرَ حَتَّى يَسْتَوِيَ إِلَّا بِرَاضِيهِمْ ،

قال (ومثونة الكرى إذا جاوز أرض رجل ترفع عنه) وقالوا : الكرى عليهم جميعا من أوله إلى آخره بمخصص الشرب والأراضي لأن الأعلى يحتاج إلى ما وراء أرضه لتسهيل ما فضل من مائه كي لا يفرق أهله . ولأبي حنيفة أنه متى جاوز الكرى أرضه تمكن من سقيها واندفعت حاجته فلا يلزمه ما بعد ذلك ، حتى لو أمكنه السقي ببلون الكرى لا يجب عليه الكرى وما ذكر من الحاجة يندفع بسده من أعلاه ، وليس على صاحب المسيل عمارته كمن له على سطح آخر مسيل ماء . وإذا جاوز الكرى أرض رجل هل له أن يفتح الماء ؟ قيل له ذلك لأن الكرى قد انتهى في حقه ، وقيل لا ، لأنه لا يختص بالانتفاع بالماء ، ولهذا جرت العادة بالكرى من أسفل النهر أو بترك بعضه من أعلاه . قال (وليس على أهل الشفة شيء من الكرى) لأنها شركة عامة . قال (نهر لرجل يجري في أرض غيره ليس لصاحب الأرض منعه) لأن صاحب النهر مستعمل له بأجزاء مائه عملا بالبيئة ، وعلى هذا المصباح في نهر أو على سطح والميزاب والطريق في دار غيره إلا أنه لا بد له أن يقول في الدعوى مصب ماء الوضوء أو المطر أو غيره لمكان التفاوت . قال (نهر بين قوم اختصموا في الشرب فهو بينهم على قدر أراضيهم) لأن المقصود من الشرب سقي الأرض فيقدر بقدرها ، بخلاف الطريق لأن التطرق إلى الدار الواسعة والضيقة سواء ، ولو كان لبعض الأراضي ساقية وللبعض دالية ولا شيء للبعض وليس لها شرب معلوم فالشرب بينهم على قدر أراضيهم التي على حافة النهر ، لأن المقصود من النهر سقي الأرض لا امتداد السواقي والدوايا فيستوى حاكم فيها هو المقصود ، ولأن الأراضي في الأصل لابد لها من شرب ، وإن كان لها شرب معروف من غير هذا النهر فلا حق له في هذا النهر . قال (وليس للأعلى أن يسكر (١) حتى يستوفي لإبراضهم) لما فيه من إبطال حق الباقي وهو منع الماء عنهم في بعض المدة ، ولأنه يحتاج إلى إحداث شيء في وسط النهر وربما ينكبس ما يحدث فيه عند السكر ، وورقته مشتركة بينهم فلا يجوز لكن يشرب بمحصته ، فإذا رضوا بذلك جاز لأن الحق لهم ، وكذلك لو اصطالحوا على أن يسكر كل واحد في نوبته جاز لما قلنا . لكن لا يسكر إلا بلوح أو باب ولا يسكر بالطين والتراب لأنه يكبس النهر وفيه ضرر ، وإن

(١) والسكر : السد . قال في مختار الصحاح : وسكر النهر : سده ؛

وَكَيْسَ لِأَحَدِهِمْ أَنْ يَشْقَ مِنْهُ نَهْرًا ، أَوْ يَنْصِبَ عَلَيْهِ رَحَى أَوْ يَتَّخِذَ عَلَيْهِ جِسْرًا أَوْ يُوسِّعَ قَعَهُ ، أَوْ يَسُوقَ شَرْبَهُ إِلَى أَرْضٍ لَيْسَ لَهَا شَرْبٌ إِلَّا بِتَرَاضِيهِمْ ، وَلَوْ كَانَتْ الْقِسْمَةُ بِالْكُوى فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمْ أَنْ يَقْسِمَ بِالْأَيَّامِ ، وَلَا مُنَاصَفَةً ، وَلَا يَزِيدُ كُوةً ، وَإِنْ كَانَ لَا يَنْصُرُ بِالْبَاقِينَ .

كتاب المزارعة

وَهِيَ عَقْدٌ عَلَى الزَّرْعِ بِمَنْعِضِ الْخَارِجِ ، وَهِيَ جَائِزَةٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ ،

لَمْ يَسْكُرْ بِاللَّوْحِ فَيُتَرَابُ . قَالَ (وَلَيْسَ لِأَحَدِهِمْ أَنْ يَشْقَ مِنْهُ نَهْرًا ، أَوْ يَنْصِبَ عَلَيْهِ رَحَى ، أَوْ يَتَّخِذَ عَلَيْهِ جِسْرًا أَوْ يُوسِّعَ قَعَهُ ، أَوْ يَسُوقَ شَرْبَهُ إِلَى أَرْضٍ لَيْسَ لَهَا شَرْبٌ إِلَّا بِتَرَاضِيهِمْ) أَمَا شَقَّ النَّهْرِ وَنَصَبَ الرَّحَى فَلَا نَ فِيهِ كَسْرُ ضِفَّةِ النَّهْرِ وَشَغْلُ مَلِكِ الْغَيْرِ بَيْنَايَانَهُ ، إِلَّا أَنْ لَا تَنْصُرَ الرَّحَى بِالنَّهْرِ وَلَا بِالمَاءِ وَيَكُونُ مَكَانُهَا لَهُ خَاصٌ فَيَجُوزُ ، لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي مَلِكِهِ مِنْ غَيْرِ إِضْرَارٍ بِالْغَيْرِ . وَأَمَا اتِّخَاذُ الْجَسْرِ فَهُوَ كَطَرِيقٍ خَاصٍّ بَيْنَ قَوْمٍ وَالتَّنْفِطَرَةُ كَالْجَسْرِ . وَأَمَا تَوْسِيعُهُ فَهُوَ لِأَنَّهُ يَكْسِرُ ضِفَّةَ النَّهْرِ وَيَزِيدُ عَلَى مَقْدَارِ حَقِّهِ . وَأَمَا سُوقُ شَرْبِهِ إِلَى أَرْضٍ أُخْرَى فَلَأَنَّهُ رُبَّمَا تَقَادِمُ الْعَهْدُ فَيُدْعِيهِ وَيَسْتَدْلُّ بِهِ عَلَى أَنَّهُ لَهُ ، فَإِذَا رَضِيَوا بِذَلِكَ جَازَ لِأَنَّهُ حَقُّهُمْ . قَالَ (وَلَوْ كَانَتْ الْقِسْمَةُ بِالْكُوى فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمْ أَنْ يَقْسِمَ بِالْأَيَّامِ ، وَلَا مُنَاصَفَةً) لِأَنَّ الْحَقَّ ظَهَرَ بِذَلِكَ فَيَتْرَكَ عَلَى حَالِهِ ، إِلَّا أَنْ يَتَرَاضِيَ لِأَنَّ الْحَقَّ لِمَا . قَالَ (وَلَا يَزِيدُ كُوةً وَإِنْ كَانَ لَا يَنْصُرُ بِالْبَاقِينَ) لَمَّا بَيْنَا ، بِخِلَافِ النَّهْرِ الْأَعْظَمِ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَشْقَ فِيهِ نَهْرًا مُبْتَدَأً فَرِيَادَةَ الْكُوةِ أُولَى .

كتاب المزارعة

(وَهِيَ) مَفَاعَلَةٌ مِنَ الزَّرَاعَةِ وَهِيَ الْحَرْثُ وَالْفَلَاحَةُ ، وَتُسَمَّى مَخَابِرَةً ، مُشْتَقَّةٌ مِنْ خَيْرٍ « فَإِنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دَفَعَ خَيْرَ مَزَارَعَةٍ » فَسُمِّيَتِ الْمَزَارَعَةُ مَخَابِرَةً لِذَلِكَ ، أَوْ مِنْ الْخَيْرِ وَهُوَ الْإِكَارُ ، أَوْ مِنْ الْخَيْرَةِ بِالضَّمِّ : النَّصِيبُ ، أَوْ مِنْ الْخَبَارِ : الْأَرْضُ اللَّيْنَةُ ، وَتُسَمَّى الْمُخَابَلَةُ مُشْتَقَّةٌ مِنَ الْحَقْلِ وَهُوَ الزَّرْعُ إِذَا تَشَعَّبَ قَبْلَ أَنْ يَتَلَفَّظَ سَوْقُهُ ، وَقِيلَ الْحَقْلُ : الْأَرْضُ الطَّيِّبَةُ الْخَالِصَةُ مِنْ شَائِبَةِ السَّبْخِ الصَّالِحَةِ لِلزَّرَاعَةِ وَتُسَمَّى أَهْلَ الْعِرَاقِ الْقِرَاحَ . وَفِي الشَّرْعِ (عَقْدٌ عَلَى الزَّرْعِ بِمَنْعِضِ الْخَارِجِ ، وَهِيَ جَائِزَةٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ) لِأَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَامِلَ أَهْلِ خَيْرٍ عَلَى نَصْفٍ مَا يَخْرُجُ مِنْ تَمْرٍ وَزَرْعٍ ، وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ مَاسَةً إِلَيْهَا لِأَنَّ صَاحِبَ الْأَرْضِ قَدْ لَا يَقْدِرُ عَلَى الْعَمَلِ بِنَفْسِهِ وَلَا يَجِدُ مَا يَسْتَأْجُرُ بِهِ وَالْقَادِرُ عَلَى الْعَمَلِ

وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ هِيَ فَاسِدَةٌ ، وَالْفَتْوَى عَلَى قَوْلِهِمَا ، وَلَا بَدْءَ فِيهَا مِنَ التَّأْقِيتِ ، وَمِنْ صِلَاحِيَةِ الْأَرْضِ لِلزَّرَاعَةِ ، وَمِنْ مَعْرِفَةِ مِقْدَارِ الْبَذْرِ ، وَمَعْرِفَةِ جِنْسِهِ ، وَنَصِيبِ الْآخَرِ ، وَالتَّخْلِيَةِ بَيْنَ الْأَرْضِ وَالْعَامِلِ ، وَأَنْ يَكُونَ الْخَارِجُ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا حَتَّى لَوْ شَرَطَا لِأَحَدِهِمَا قَفْزَانًا مَعْلُومَةً ، أَوْ مَا عَلَى السَّوَاكِ ، أَوْ أَنْ يَأْخُذَ رَبُّ الْبَذْرِ بِبَذْرِهِ ، أَوْ الْخَرَاجُ فَسَدَتْ ، وَإِنْ شَرَطَ رَفَعَ الْعُشْرَ جَازَ ،

لايجد أرضاً ولا مايعمل به ، فدعت الحاجة إلى جوازها دفعا للحاجة كالمضاربة (وعند أبي حنيفة هي فاسدة) لما روى رافع بن خديج قال « نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان لنا نافعاً ، نهانا إذا كان لأحدنا أرض أن نعطيا ببعض الخارج ثلثه أو نصفه ، وقال : من كانت له أرض فليزرعها أو يمنحها أخاه » وهذا متأخر عما كانوا يعتقدونه من الإباحة ويعملونه فاقضى نسخه . وعن زيد بن ثابت قال « نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة قال : قلت وما المخابرة ؟ قال : أن تأخذ أرضاً بثلث أو نصف أو ربع » وعن ابن عمر قال : كنا نخابر ولا نرى بذلك بأساً حتى ذكر رافع بن خديج « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة » فتركناه من أجل قوله ، ولأنه استجار بأجرة مجهولة معلومة وذلك مفسد ؛ ولأنه استجار ببعض ما يحصل من عمله فلا يجوز كقفيز الطحان ، وحديث خبير محمول على أنه خراج مقاسمة ، فانه عليه الصلاة والسلام لما فتح خيبر عنوة ترك خيبر على أهلها بوظيفة وظفها عليهم ، وهى نصف ما يخرج من نخيلهم وأراضيهم (والفتوى على قولهما) لحاجة الناس ، وقد تعامل بها السلف فصارت شريعة متوارثة وقضية متعارفة . قال الحصري : وأبو حنيفة هو الذى فرع هذه المسائل على أصوله لعلمه أن الناس لا يأخذون بقوله . قال (ولا بدّ فيها من التأقيت) لأنها تنعقد إجارة ابتداء وشركة انتهاء ، ولأنها ترد على منفعة الأرض والعامل فلا بدّ من تعيين المدة كالإجارة . قال (ومن صلاحية الأرض للزراعة) ليحصل المقصود إذ هى المحلّ . قال (ومن معرفة مقدار البذر) قطعاً للمنازعة (ومعرفة جنسه) لأنه الأجرة (ونصيب الآخر) لأنه يستحقه عوضاً بالشرط ، ولا بدّ أن يكون العوض معلوماً . قال (والتخلية بين الأرض والعامل) لما مرّ في المضاربة (وأن يكون الخارج مشتركاً بينهما) لما مرّ في المضاربة فكل شرط يؤدّى إلى قطع الشركة بفسدها (حتى لو شرطاً لأحدهما قفزانا معلومة ، أو ما على السواك ، أو أن يأخذ ربّ البذر بذرّه ، أو الخراج فسدّت) لأنه يؤدّى إلى قطع الشركة ، وقد مرّ في المضاربة . قال (وإن شرط رفع العشر جاز) لأنه لا يؤدّى إلى قطع الشركة لأنه لا بدّ أن يبقى بعده تسعة أعشار فتبقى الشركة فيه ، بخلاف الخراج والبذر لأنه قد لا يخرج

وَإِذَا كَانَتِ الْأَرْضُ وَالْبَذْرُ لَوَاحِدٍ ، وَالْعَمَلُ وَالْبَقَرُ لِآخَرَ ، أَوْ كَانَتِ الْأَرْضُ لَوَاحِدٍ وَالْبَاقِي لِآخَرَ ، أَوْ كَانَ الْعَمَلُ مِنْ وَاحِدٍ وَالْبَاقِي لِآخَرَ فَهِيَ صَحِيحَةٌ ، وَإِذَا تَحَتَّى الْمَزَارَعَةُ فَالْخَارِجُ عَلَى الشَّرْطِ ، فَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ شَيْءٌ فَلَا شَيْءَ لِلْعَامِلِ وَمَا عَدَا هَذِهِ الْوُجُوهَ فَاسِدَةٌ ،

إلا ذلك القدر أو أقل منه ، فيؤدى إلى قطع الشركة فيبطل . قال (وإذا كانت الأرض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر ، أو كانت الأرض لواحد والباقي لآخر ، أو كان العمل من واحد والباقي لآخر فهي صحيحة) لأنه استتجار للأرض أو للعامل . أما الأول فلأنه استتجار للعامل والبقر آلة العمل فكانت تابعة له لا يقابلها أجره كآجرة الخياط . وأما الثاني فهو استتجار الأرض ببعض معلوم فصار كاللراهم المعلومه . وأما الثالث فهو استتجار للعامل ليعمل بآلة المستعمل كما إذا شرط على الخياط أن يخيط بآلة صاحبه الثوب (وإذا صحّت المزارعة فالخارج على الشرط) عملا بالتزامهما ، قال عليه الصلاة والسلام : « المؤمنون عند شروطهم » (فان لم يخرج شيء فلا شيء للعامل) لأنها شركة في الخارج ولا خارج وصار كالضارب إذا لم يربح ، وإن كانت إجارة فقد عين الأجرة فلا يستحق غيرها ، بخلاف الفاسدة ، لأن أجر المثل يتعلق بالذمة فلا يفوت بفوات الخارج . قال (وما عدا هذه الوجوه فاسدة) وهي ثلاثة أيضا : وهي أن يكون البقر والآلات من رب الأرض والبذر من العامل ، أو يكون البذر من أحدهما والباقي من الآخر ، أو تكون الأرض من واحد والبقر من آخر والبذر من آخر والعمل من آخر . أما الأول فذكر رواية الأصل وروى عن أبي يوسف رحمه الله جوازه لأنه استتجار الأرض ببعض الخارج فيجوز ويجعل البقر تبعا للأرض كما يجعل تبعا للعامل . وجه الظاهر أن منفعة البقر من جنس منفعة العامل لأن الكل عمل فأمكن جعلها تبعا للعامل وليست من جنس منفعة الأرض ، لأن منفعة الأرض قوة في طبيعتها بخلاف الله تعالى يحصل بها النماء فلا يمكن جعلها تبعا . وأما الثاني فلأنه شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع . وأما الثالث فلما روى أن أربعة اشتركوا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم من قبل أحدهم الأرض ، ومن قبل الآخر البذر ، ومن قبل الآخر البقر ، ومن قبل الآخر العمل فأبطلها عليه الصلاة والسلام . قال أبو جعفر الطحاوى رحمه الله في شرح الآثار : فزروا ثم حصدوا ثم أتوا النبي صلى الله عليه وسلم ، فجعل الزرع لصاحب البذر ، وجعل لصاحب العمل أجرا معلوما ، وجعل لصاحب القندان كل يوم درهما ، وألغى الأرض في ذلك . وجه آخر فاسد أيضا ، وهو أن يكون البذر والبقر من جانب والعمل والأرض من جانب ، لما مرّ في الوجه الثاني .

وَإِذَا فَسَدَتْ فَالْخَارِجُ لِصَاحِبِ الْبَذْرِ ، وَلِلْآخِرِ أَجْرُ عَمَلِهِ أَوْ أَجْرُ أَرْضِهِ لَا يَزَادُ عَلَى قَدْرِ الْمُسَمَّى (م) ، وَلَوْ شَرَطَا التَّيْنَ لِرَبِّ الْبَذْرِ صَحَّ ، وَإِنْ شَرَطَاهُ لِلْآخِرِ لَا يَصِحُّ ، وَإِنْ عَقَدَاها فامْتَنَعَ صَاحِبُ الْبَذْرِ كَمْ يُحْتَسِرُ ، وَإِنْ امْتَنَعَ الْآخِرُ أَجْبِرَ إِلَّا أَنْ يَكُونَ عَدْرٌ تَفْسُخُ بِهِ الْإِجَارَةُ فَتَفْسُخُ بِهِ الْمَزَارَعَةُ ،

قال (وإذا فسدت فالخارج لصاحب البذر) لأنه نماء ملكه ، والآخر إنما يستحقه بالتسمية وقد فسدت (وللآخر أجر عمله) إن كان البذر من رب الأرض (أو أجر أرضه) إن كان البذر من قبل العامل (لا يزداد على قدر المسمى) لأنه رضى بقدر المسمى . وقال محمد رحمه الله : تجب بالغة ما بلغ ، وقد سبق في الإجارة . وإذا كان البذر لرب الأرض في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه لأنه نماء بذره في أرضه ، وإن كان من العامل طاب له قدر بذره وقدر أجر الأرض ، وتصدق بالفضل لأنه حصل من بذره لكن في أرض مملوكة للغير بعقد فاسد أوجب خبثا ، فما كان عوض ماله طاب له وتصدق بالفضل ، وإن شرطوا عملهما جميعا فهي فاسدة ، لأن البذر إن كان من صاحب الأرض وقد شرط عمله لم توجد التخلية بين الأرض والعامل ، وقد بينا أنها شرط ؛ وإن كان من العامل فالعامل قد استأجر الأرض ، فإذا شرط عمل صاحبها لم يسلم له ما استأجر فيبطل ، ولو شرطا الخارج كله لأحدهما والبذر من صاحب الأرض جاز ، فإن شرطاه له يكون مستعينا بالعامل ليزرع أرضه ، وإن شرطاه للعامل يكون إجارة للأرض وإقراضا للبذر منه ؛ وإن كان البذر من العامل فإن شرطاه لرب الأرض فسدت ، والخارج لرب البذر وعليه مثل أجر الأرض لأنه يصير مستأجرا للأرض بجميع الخارج وأنه يقطع الشركة ، وإن شرطاه للعامل جاز ويكون معا أرضه منه . قال (ولو شرطا التين لرب البذر صح) معناه بعد شرط الحب بينهما لأنه حكم العقد لأن التين من البذر (وإن شرطاه للآخر لا يصح) لأنه ربما لا يخرج إلا التين ، وهو إنما يستحقه بالشرط ، ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا للتين صحمت الشركة في المقصود ، والتين لرب البذر لأنه نماء بذره ، وقيل بينهما تبع الحب ؛ ولو شرطا التين لأحدهما والحب للآخر فهي فاسدة لأنه ربما يصيبه آفة فلا يتعقد الحب . قال (وإن عقداها فامتنع صاحب البذر لم يجبر) ولا شيء عليه من عمل الكراب في القضاء ، ويلزمه ديانة أن يرصده لأنه غره ؛ والأصل فيه أن المزارعة غير لازمة في حق صاحب البذر لأنه لا يمكنه الوفاء بالعقد إلا باتلاف ماله وهو البذر ، وهي لازمة في حق الآخر ، لأن منفعة العامل أو منفعة الأرض صارت مستحقة للآخر فيجب عليه تسليمها . قال (وإن امتنع الآخر أجبر) لأن العقد لازم كالإجارة ولا ضرر عليه في الوفاء به (إلا أن يكون علر تفسخ به الإجارة فتفسخ به المزارعة) لأنها في معنى الإجارة ؛ وإذا لزم رب الأرض دين واحتج

وَلَيْسَ لِلْعَامِلِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِأَجْرَةِ الْكِرَابِ وَحَفَرِ الْأَنْهَارِ ، وَأَجْرَةِ الْحَصَادِ وَالرَّفَاعِ وَالْدِيَّاسِ وَالتَّذْرِيَةِ صَلْتِيْمَا بِالْحَصَصِ ، وَلَوْ شَرَطَا ذَلِكَ عَلَى الْعَامِلِ لَا يَجُوزُ ؛ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ جَوَازُهُ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى ، وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ بَطَلَتْ ؛

إلى يمعها فيه باعها الحاكم كما في الإجارة (وليس للعامل أن يطالبه بأجرة للكراب وحفر الأنهار) لأن المنافع إنما تنقوم بالعقد وإنما قومت بالخارج وقد انعدم ؛ ولو نبت الزرع ولم يحصد لاتباع الأرض حتى يستحصد لما فيه من إبطال حق المزارع وتأخير حق رب الدين أهون ، ولا يجبه القاضى لأنه ليس بظالم والحبس جزاء الظلم . قال (وأجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص) لأن العقد انتهى بانتهاء الزرع لحصول المقصود ، فبقى مالا مشتركا بينهما بغير عقد فتكون مثنوته عليهما ؛ فان أنفق أحدهما بغير إذن الآخر ولا أمر القاضى فهو متبرع ، إذ لا ولاية له عليه (ولو شرطاً ذلك على العامل لا يجوز) وأصله أنه متى شرط في المزارعة ما ليس من أعمالها فسدت ، لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لأحدهما فصار كاشتراط الحمل عليه (وعن أبي يوسف جوازه ، وعليه الفتوى) للتعامل كالاستصناع ؛ ولو شرطاً ذلك على رب الأرض لا يجوز بالإجماع لعدم التعارف ، وإن شرطاً ما هو من أعمال الزراعة لا يفسدها ، وهو كل عمل ينبت ويزيد في الخارج ، وما لا ينبت ولا يزيد ليس من عملها ، وكل شرط ينفع به رب الأرض بعد انقضاء المدة يفسدها ، ككرى الأنهار ، وطرح السريقين في الأرض ، وبناء الحائط ، وتثنية الكراب ؛ وقيل إن كانت المزارعة ستين لاتفسد في الثنية ، لأن منفعتها لاتبى ؛ وقيل إن كان في الخضرة لاتفسد أيضاً ، لأن منفعتها لاتبى بعدها ، فانه لو كرب مراراً لاتبى منفعتها بسقى واحد ، ولو بقيت فصلت .

واختلفوا في الثنية ؛ وقيل هو أن يكرها مرتين وهو المشهور وفيه الكلام ؛ وقيل أن يكرها بعد الحصاد ويسلم الأرض مكروية ، وهذا فاسد بكل حال ، فكل عمل قبل الإدراك مما يحصل به الخارج كالحفظ والسقى على العامل ، لأن رأس المال العمل ، وما بعد الإدراك قبل التضمنه عليهما على ما ذكرنا كالحصاد وإخوته ، وما بعد القسمة كالحمل والطحن عليهما بالإجماع ؛ ولو أراد فصل الزرع قصيلاً أو جذاً ثمرة بسراً أو التقاط الرطب فهو عليهما ، لأنهما أنبيا العقد بزمهما فصار كما بعد الإدراك . قال (وإذا مات أحد المتعاقدين بطلت) لما مر في الإجارة ، ولو مات رب الأرض والزرع لم يستحصد ترك حتى يحصد مراعاة للحقين ويتنقض فيما بقى إن كان العقد على أكثر من سنة ، لأن

وَإِذَا انْقَضَتِ الْمُدَّةُ وَلَمْ يَدْرِكِ الزَّرْعُ فَعَلِ الْمُزَارِعُ أَجْرَهُ نَصِيهِ مِنْ
الْأَرْضِ حَتَّى يُسْتَحْصَدَ ، وَتَفَقَّهُ الزَّرْعُ عَلَيْهِمَا حَتَّى يُسْتَحْصَدَ .

كتاب المساقاة

وَهِيَ كَالْمُزَارَعَةِ فِي الْخِلَافِ وَالْحُكْمِ وَفِي الشَّرُوطِ إِلَّا الْمُدَّةَ ،

بِقَاعِهِ فِي السَّنَةِ الْأُولَى لَمَّا بَيْنَا مِنَ الْعَدْرِ ، وَقَدْ زَالَ وَلَا ضَرَرَ فِيهِ عَلَى الْعَامِلِ لَمَّا تَقَدَّمَ
وَلَوْ مَاتَ بَعْدَ مَا كَرِبَ وَحُفِرَ انْتَقَضَتْ ، وَلَا شَيْءَ لِلْعَامِلِ فِي مَقَابِلَةِ عَمَلِهِ ، وَقَدْ مَرَّ
قَالَ (وَإِذَا انْقَضَتِ الْمُدَّةُ وَلَمْ يَدْرِكِ الزَّرْعُ فَعَلِ الْمُزَارِعُ أَجْرَهُ نَصِيهِ مِنَ الْأَرْضِ حَتَّى
يُسْتَحْصَدَ) لِأَنَّ إِبْقَاءَ الزَّرْعِ بِأَجْرَةِ الْمَثَلِ نَظَرًا لِلْجَانِبَيْنِ . قَالَ (وَتَفَقَّهُ الزَّرْعُ عَلَيْهِمَا حَتَّى
يُسْتَحْصَدَ) لِانْتِهَاءِ الْعَقْدِ فَصَارَ عَمَلًا فِي مَالٍ مَشْرُوكٍ فَيَكُونُ عَلَيْهِمَا ، وَلَوْ مَاتَ رَبُّ الْأَرْضِ
وَالزَّرْعُ بِقَلٍ ، فَالْعَمَلُ عَلَى الْعَامِلِ لِبَقَاءِ الْعَقْدِ بِيَقَاعِهِ مَدَّتُهُ .

فصل

وَمَنْ سَقَى أَرْضَهُ فَسَالَ مِنْ مَائِهِ إِلَى أَرْضٍ غَيْرِهِ فَفَرَّقَهَا أَوْ نَزَتْ إِلَيْهَا فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ..
مَعْنَاهُ : إِذَا سَقَا سَقِيًا مَعْتَدًا ، أَمَا إِذَا كَانَ غَيْرَ مَعْتَدٍ ضَمِنَ لِأَنَّهُ مَعْتَدٌ ، لِأَنَّهُ تَسَبَّبَ لِتَفَرُّقِ
أَرْضٍ الْغَيْرِ غَالِبًا ، وَلَوْ كَانَ فِي أَرْضِهِ جَحْرٌ فَأَرَادَ فَخَرَجَ مِنْهُ الْمَاءُ إِلَى أَرْضٍ جَارِهِ فَفَرَّقَتْ .
إِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ لَمْ يَضْمِنْ لَعَنَمِ التَّعَدَّى ، وَإِنْ عَلِمَ ضَمِنَ لِلتَّعَدَّى ، وَعَلَى هَذَا إِذَا فَتَحَ رَأْسَ
نَهْرِهِ فَسَالَ إِلَى أَرْضٍ جَارِهِ فَفَرَّقَتْ إِنْ كَانَ مَعْتَدًا لَا يَضْمِنْ وَإِلَّا ضَمِنَ ، وَكَذَا لَوْ أَحْرَقَهُ
الْكَلَأُ وَالْحَصَائِدُ فِي أَرْضِهِ فَلَذَهَبَتْ النَّارُ فَأَحْرَقَتْ شَيْئًا لْغَيْرِهِ إِنْ كَانَ إِقَادًا مَعْتَدًا لَا يَضْمِنْ .
وَإِلَّا ضَمِنَ ، وَقَبْلَ أَنْ يَكُونَ يَوْمَ رِيحٍ وَعَلِمَ أَنَّ النَّارَ تَتَعَدَّى ضَمِنَ .

كتاب المساقاة

وَتُسَمَّى مَعَامِلَةً ، مَفَاعَلَةٌ مِنَ السَّقَى وَالْعَمَلِ ، وَهِيَ أَنْ يَقُومَ بِمَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ الشَّجَرُ مِنْ
تَلْفِيحٍ وَعَسْفٍ وَتَنْظِيفِ السَّوَادِقِ وَسَقَى وَحِرَاسَةٍ وَغَيْرِ ذَلِكَ (وَهِيَ كَالْمُزَارَعَةِ فِي الْخِلَافِ
وَالْحُكْمِ) وَقَدْ مَرَّ . قَالَ (وَفِي الشَّرُوطِ إِلَّا الْمُدَّةَ) وَالْقِيَاسُ أَنْ تَذَكَرَ الْمُدَّةُ لَمَّا فِيهَا مِنْ
مَعْنَى الْإِجَارَةِ ؛ وَفِي الْاسْتِحْسَانِ يَمُوزُ وَإِنْ لَمْ يَبْيُنْهَا ، وَتَنْقَعُ عَلَى أَوَّلِ ثَمَرَةٍ تَخْرُجُ ، لِأَنَّ
وَقْتُ إِدْرَاكِ الثَّمَرَةِ مَعْلُومٌ وَالتَّفَاوُتُ فِيهِ قَلِيلٌ وَيَدْخُلُ فِيهِ الْمُتَقِينُ ، بِخِلَافِ الزَّرْعِ فَانَّهُ يَخْتَلِفُ
كَثِيرًا ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً ، رِيْعًا وَخَرِيْفًا وَغَيْرِ ذَلِكَ ، وَفِي الرُّطْبَةِ إِدْرَاكِ بَلَرِهَا لِأَنَّ لَهُ نَهْيَةً
مَعْلُومَةً ، مَعْنَاهُ : إِذَا دَفَعَهَا بَعْدَ مَا تَنَاهَى نَبَاتُهَا وَلَمْ تَخْرُجِ الْبَلَرُ فَيَقُومُ عَلَيْهَا لِيَخْرُجَ الْبَلَرُ ،

وإن سميا مدة لا يخرج الثمرة في مثلها فهي فاسدة ، وإن دفع نخلا أو أصول رطبة ليقوم عليها وأطلق لا يجوز في الرطبة إلا بمدة معلومة ، ويجوز المساقاة في الشجر والكرم والطاب وأصول الباذنجان إذا كانت تزيد بالسقي والعمل وتبطل بالموت .

أما إذا دفعها وقد نبت ، أو دفع البذر لينفره فهي فاسدة ، وإن كان وقت جزها معلوما جاز ، ويقع على الجزة الأولى كالثمرة في الشجر ، ولو دفع غرس شجر أو كرم قد علق ولم تبلغ الثمرة على أن يقوم عليه والخارج نصفان فهي فاسدة لجهالة المدة ، فانه يختلف بقوة الأرض وضعها ، ولا يدري متى تحمل ، فان سميا مدة يعلم أنها تنمر فيه جاز . قال (وإن سميا مدة لا يخرج الثمرة في مثلها فهي فاسدة) لفوات المقصود وهي الشركة في الخارج وإن شربا وقتا قد تترك الثمرة فيه وقد تأخر عنه فهي موقوفة لأنها لا تنبت بفوات المقصود ، فان أدركت فيه تبين أنها كانت جائزة ، وإن لم تترك ففاسدة ، وله أجر مثله لفساد العقد ، وكذلك إن أخرجت في تلك السنة مالا يرغب فيه ، وإن أحلك في تلك السنة فلم يخرج شيئا فهي جائزة ، لأنه متى كان خروج الثمرة موهوما انتقلت موقوفة فلا تنقلب فاسدة . قال (وإن دفع نخلا أو أصول رطبة ليقوم عليها وأطلق لا يجوز في الرطبة إلا بمدة معلومة) لأنه ليس لها نهاية معلومة ، لأنها تنمو ما تركت في الأرض فجهلت المدة ، ومعناه إذا لم يعلم وقت جوازها على ما تقدم . قال (ويجوز المساقاة في الشجر والكرم والطاب وأصول الباذنجان) لأن لعمله تأثيرا في نمائه وجودته لعموم الحاجة في الكل ، وأهل خيبر كانوا يعملون في الأشجار والطاب ، وإنما يجوز ذلك (إذا كانت تزيد بالسقي والعمل) كالطلع والبلح والبسر ونحو ذلك حتى يكون لعمله أثر يستحق به شيئا من الخارج حتى لو دفعها . وقد انتهت الثمرة في العظم ولا تزيد بعمله لا يجوز ، لأنه لا أثر لعمله وهو إنما يستحق به ، ومتى فسدت المساقاة فله أجر مثله وقد بيناه ، وعلى هذا الزرع إن دفعه وهو بقل جاز ، وإن كان قد استحصلا لا يجوز . قال (وتبطل بالموت) لأنها في معنى الإجارة وقد مر ، فان مات رب الأرض والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه حتى تترك الثمرة ، وإن أبي الورثة ذلك دفعا للضرر عنه ولا ضرر عليهم في ذلك ، ولو أراد العامل قطعه وإدخال الضرر على نفسه فالورثة بالخيار ، إما أن يقسموا البسر على الشرط ، أو يعطوه قيمة نصيبه سرا ، أو ينفقوا على البسر ويرجعوا به على العامل ، لأنه ليس له إلحاق الضرر بهم ، ودفعه متعين بما ذكرنا وإن مات العامل فلورثته أن يقوموا بمقامه ، وإن كره رب الأرض لما ذكرنا وفيه نظر الجانبين وإن أرادوا قطعه سرا فلصاحب الأرض الخيار الثلاث على ما بيناه وإن ماتا فورثة كل واحد كالمورث ونظيره في المزارعة إذا مات المزارع وقد نبت الزرع

كتاب النكاح

فلورثته أن يقوموا مقامه ، وإن أبى رب الأرض لما بينا وإن أرادوا قلعه فلهما لك الخيارات الثلاث على ما بينا ، وإذا انقضت مدة المساقاة فهو كالموت ، وللعامل أن يقوم عليها حتى تدرك ولا أجر عليه ، بخلاف المزارعة ، لأن الأرض يجوز استئجارها ولا يجوز استئجار الشجر والعمل كله على العامل ، بخلاف المزارعة حيث تكون عليهما ، لأنه لا أجر عليه هنا ، فيكون العمل عليه حتى ينتهى . أما في المزارعة لما وجب عليه مثل نصف أجر الأرض لا يستحق عليه العمل ، وتفسخ بالأعذار كما في الإجارة ، وبما يختص بها من الأعذار كون العامل سارقا يسرق السعد ، والنشب والثمرة قبل الإدراك ، لأنه يلزم المالك ضرر لم يلتزمه ، ومنها مرض العامل إذا أعجزه عن العمل لأنه يلزمه الاستئجار بزيادة أجر وأنه ضرر لم يلتزمه ، وليس للمالك الفسخ بغير علم لما بينا في المزارعة أن المساقاة تلزم من الجانبين .

كتاب النكاح

• وهو في اللغة الضم والجمع ، ومن أمثالهم : أنكحتا القرا فسرى (١) : أى جمعنا بين حمار الوحش والآنان لننظر ما يتولد منهما ، يضرب مثالا لقوم يجتمعون على أمر لا يدرون ما يصدر عنهم . وحكى المبرد عن البصريين وغلان ثعلب عن الكوفيين : أن النكاح عبارة عن الجمع والضم . وفي الشرع عبارة عن ضم وجمع مخصوص وهو الوطء ، لأن الزوجين حالة الوطء يجتمعان وينضم كل واحد إلى صاحبه حتى يصيرا كالشخص الواحد ، وقد يستعمل في العقد مجازا لما أنه يثول إلى الضم ، وإنما هو حقيقة في الوطء ، ففى أطلق للنكاح في الشرع يراد به الوطء لقوله عليه الصلاة والسلام « ولدت من نكاح » أى من وطء حلال ، وقوله « يحل للرجل من امرأته الخائض كل شيء إلا النكاح » وقد ورد في أشعار العرب بمعنى الوطء أيضا . قال الأعشى :

ومنكوحة غير ممهورة وأخرى يقال له فادها

يعنى مسبية موطوءة بغير عقد ولا مهر . وقال آخر :

ومن أيم قد أنكحتا رماحنا وأخرى على عم ونخال تلهف

(١) قوله أنكحتا القرا فسرى ، قال في مجمع الأمثال للميداني في كتابته على هذا المثل ما نصه : قاله رجل لامرأته حين خطب إليه ابنته رجل وأبى أن يزوجه ، فرضيت أمها بتزويجه فغلبت الأب حتى زوجه منه بكرة وقال : أنكحتا القرا فسرى ، ثم أساء الزوج العشرة فطلقها . يضرب في التحذير من سوء العاقبة ٨١ .

النكاح حالة الاعتدال سنة مؤكدة مرغوبة ، وحالة التوقان واجب ،
وحالة الخوف من الجور مكروه . وركننه الإيجاب والقبول . وينتقد
بلفظين ماضيتين ، أو بلفظين أحدهما ماضٍ والآخر مستقبل ، كقوله
زَوَّجْتَنِي ، فيقول زَوَّجْتُكَ ،

يعنى وطء المسية بالرماح إلى غيرها من الأشعار الكثيرة ، وإنما يفهم منه العقد بقرينة
قوله تعالى - فانكحوا ما طاب لكم من النساء - الآية ، لأن الوطء لا يتوقف على إذن الأهل ، وكذلك
قوله تعالى - فانكحوا ما طاب لكم من النساء - الآية ، لأن العقد هو الذى يختص بالعدد
دون الوطء ، وكذا قوله صلى الله عليه وسلم « لانكاح إلا بشهود » لأن الشهود لا يكونون
على الوطء ، ولأنهما حالة العقد مفترقان ، وإنما يطلق عليه النكاح لإفضائه إلى الضم
كقوله تعالى - إني أراى أعصر خرأ - وهو عقد مشروع مستحب مندوب إليه ، ثبتت
شرعيته بالكتاب وهو قوله تعالى - وأنكحوا الأباى منكم - وقوله - فانكحوا ما طاب لكم
من النساء - وبالسنة قال صلى الله عليه وسلم « تناكحوا تكثروا فإني أباهى بكم الأمم يوم
القيامة » وقال « النكاح سننى فمن رغب عن سننى فليس منى » والنصوص فى ذلك كثيرة
والآثار فيه غزيرة ، وعلى شرعيته إجماع الأمة .

قال (النكاح حالة الاعتدال سنة مؤكدة مرغوبة ، وحالة التوقان واجب ، وحالة
الخوف من الجور مكروه) أما الأول فلما تقدم من النصوص ، فبعضها أمر وأنه يقتضى
الترغيب والتأكيد على فعله ، وكذلك الحديث الثانى ناطق بكونه سنة ، ثم أكدته حيث
علق بتركه أمراً معلوماً ، وأنه من خصائص التأكيد كما فى سنة الفجر ، ولأنه صلى الله عليه
وسلم واظب عليه مدة عمره وأنه آية التأكيد . وأما الثانى فلأن حالة التوقان يخاف عليه
أو يغلب على الظن وقوعه فى محرم الزنا ، والنكاح بمنع من ذلك فكان واجبا ، لأن الامتناع
عن الحرام فرض واجب . وأما الثالث فلأن النكاح إنما شرع لما فيه من تحصين النفس
ومنعها عن الزنا على سبيل الاحتمال وتحصيل الثواب المحتمل بالولد الذى يعبد الله تعالى
ويوحده ، والذى يخاف الجور والميل يأثم بالجور والميل ويرتكب الميئات المحرمات فينعدم
فى حقه المصالح لرجحان هذه المفاسد عليها ، وقضيته الحرمة إلا أن النصوص لا تفصل فقلنا
بالكرهية فى حقه علا بالشبهين بالقدر الممكن (وركننه الإيجاب والقبول) لأن العقد يوجد
بهما ، وركن الشيء ما يوجد به كأركان البيت . قال (وينتقد بلفظين ماضيين) كقوله
زَوَّجْتُكَ ، وقول الآخر زَوَّجْتَ أو قبلت ، لأن هذا اللفظ يستعمل للإنشاء شرعا للحاجة
ولا خلاف فيه (أو بلفظين أحدهما ماضٍ ، والآخر مستقبل ، كقوله زَوَّجْتَنِي ، فيقول
زَوَّجْتُكَ) لأن قوله زَوَّجْتَنِي توكيل ، والوكيل يتولى طرفى النكاح على ما نبيته . وروى المولى

وَيَنْعَقِدُ بِلَفْظِ النِّكَاحِ وَالزَّوْجِ وَالْمَهْجَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالتَّمْلِيكِ وَالْبَيْعِ وَالشَّرَاءِ (ف)، وَلَا يَنْعَقِدُ نِكَاحُ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا بِحَضُورِ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ، وَلَا بَدْءٌ فِي الشُّهُودِ مِنْ صِفَةِ الْحُرِّيَّةِ وَالْإِسْلَامِ، وَلَا تَشْتَرِطُ الْعَدَالَةُ (ف)،

عن أبي يوسف عن أبي حنيفة لو قال : جئتكم خاطبا ابتك ، أو تزوجني ابتك ، أو زوجني ابتك ، فقال الأب : قد زوجتك فالتكاح لازم ، وليس للخطاب أن لا يقبل ، ولا يشبه البيع لأن مبناه على المسامحة والمساهلة ، والبيع على المماكسة والمساومة ، ولو قال لها : أنا تزوجك ، فقالت قد فعلت ، جاز ولزم ، لأن قوله أتزوجك بمعنى تزوجتك عرفا بدلالة الحال كما في كلمة الشهادة ، ولو قال أتزوجني فقال الآخر زوجتك لا ينعقد النكاح لأنه استخبار واستبعاد لأمر وتوكيل ، ولو أراد به التحقيق دون الاستخبار والسوم ينعقد به . قال (وينعقد بلفظ النكاح والزواج) لأنهما صريح فيه . قال (والهبة والصدقة والتملك والبيع والشراء) لأن هذه الألفاظ تنفيذ الملك ، وأنه سبب لملك المتعة بواسطة ملك الرقبة كما في ملك العيّن والسبيّة من طرق المجاز . وأما لفظ الإجارة فروى ابن رستم عن محمد أنه لا ينعقد بها ، وهو اختيار أبي بكر الرازي ، لأن الإجارة لا تنفيذ ملك المتعة ولأنها تنهى عن التاقيت ، ولا تأقيت في النكاح . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز وهو اختيار الكرخي ، قال : لأن الله تعالى سمى المهر أجرا فينعقد بلفظ الإجارة كالإجارة . وعن محمد : لو قال : أوصيت لك بابني للحال ينعقد ، وإن أوصى بها مطلقا لا ينعقد لأنها توجب الملك معلقا بشرط الموت ، والأصل فيه ما قاله أصحابنا : كلّ لفظ يصحّ تملك الأعيان مطلقا ينعقد به النكاح . وروى ابن رستم عن محمد أنه قال : كلّ لفظ يكون في الأمة تملكا للرقّ فهو نكاح في الحرّة . قال (ولا ينعقد نكاح المسلمين إلا بحضور رجلين ، أو رجل وامرأتين ، ولا بدّ في الشهود من صفة الحرية والإسلام ، ولا تشترط العدالة) فالشهود شرط لقوله عليه الصلاة والسلام « لا نكاح إلا بشهود » وروى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « الزانية التي تنكح نفسها بغير بينة » وأما صفة الشهود ، قال أصحابنا : كلّ من ملك القبول بنفسه انعقد العقد بحضوره ومن لا فلا ، وهذا صحيح لأن كلّ واحد من الشهادة والقبول شرط لصحة العقد فجاز اعتبار أحدهما بالآخر ، ولا بدّ فيه من اعتبار الحرّة والعقل والبلوغ في الشاهد ، لأن العبد والصبي والمجنون ليسوا من أهل الشهادة لما مرّ في الشهادات ولا يملكون القبول بأنفسهم ، ولا بدّ من اعتبار الإسلام في نكاح المسلمين لعدم ولاية الكافر على المسلم ، ويجوز بشهادة رجل وامرأتين اعتبارا بالشهادة على المال على ما بيناه في الشهادات ، وينعقد بحضور الفاسقين ، لأن النصّ لا يفصل ولأنه يملك القبول بنفسه كالعدل ، ولأنه غير مسلوب الولاية عن نفسه فلا يسلبها عن غيره لأنه من جنسه ، ولأنه يحمل فيجوز ، لأن الفسق

وَيَتَعَمَّدُ بِشَهَادَةِ الْعُمَيَّانِ . وَإِذَا تَزَوَّجَ مُسْلِمٌ ذِمِّيَّةً بِشَهَادَةِ ذِمِّيَّيْنِ جَازٍ (م) ، وَلَا يَظْهَرُ عِنْدَ جُحُودِهِ .
وَيَحْرَمُ عَلَى الرَّجُلِ نِكَاحُ أُمِّهِ وَجَدَّتَيْهِ وَبَنَاتِ وَلَدِهِ وَأُخْتِهِ
وَبَنَاتِهَا وَبَنَاتِ أَخِيهِ وَخَالَتِهِ وَأُمِّ امْرَأَتِهِ وَبَنَاتِهَا إِنْ دَخَلَ بِهَا وَامْرَأَةُ
أَبِيهِ وَأَجْدَادِهِ وَبَنَاتِهِ وَبَنَى أَوْلَادِهِ وَاجْتَمَعَ بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ نِكَاحًا وَوَطْنَا
يَمْلِكُ يَمِينٍ ، وَيَحْرَمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَنْ ذَكَرْنَا مِنَ النَّسَبِ .

يؤثر في الشهادة للهمة وذلك عند الأداء . أما التحمل فأمر مشاهد لاهمة فيه ، وانعقاد
النكاح لا يتوقف على شهادة من يثبت بشهادته كمن ظاهره العداوة ولا يعلم باطنه ، ولهذا
ينعقد بشهادة ابنيهما وأبنيها من غيرها ، ولا يظهر بشهادتهم عند دعوى القريب لما أن
العقد لا يتوقف إلا على الحضور لأعلى من يثبت بشهادته . قال (وينعقد بشهادة العميان)
لأنهم من أهل الشهادة حتى لو حكم بها حاكم جاز لأنه مجتهد فيه ، فإن مالكا يجوز شهادته
وأبا يوسف يميزها إذا تحملها بصيرا ، وإذا كان من أهل الشهادة صار كالصغير لأنه يملك
القبول بنفسه ، والمحدود في القذف إن تاب فهو من أهل الشهادة ، حتى لو حكم بشهادته
حاكم جاز ، وإن لم يتب فهو فاسق وقد مر . قال (وإذا تزوج مسلم ذموية بشهادة ذميين
جاز ولا يظهر عند جحوده) وقال محمد : لا يجوز لأنه لا شهادة للكافر على المسلم ، والسباع
في النكاح شهادة فصار كأنهم مسموا كلام المرأة وحدها . ولها أن العقد يثبت بشهادتهما
لو جحدت ؛ وإذا جاز أن يثبت بشهادتهما فلأن ينعقد بحضورهما أولى ، ولأن الانعقاد
لا يتوقف على سماع من يثبت به العقد لما مر ، ولأن سماع الكفار صحيح حتى المسلم حتى
لو أسلما بعد ما سمعا ذميين جازت شهادتهما ، ولأن الشهادة شرط في الانعقاد لإثبات
الملك إظهارا لخطر المحل لا لوجوب المهر لما بينا وقد وجدت فيثبت الملك ، بخلاف ما إذا
لم يسمعا كلامه ، لأن العقد إنما ينعقد بكلامه والشهادة على العقد شرط .

فصل في المحرمات

(ويحرم على الرجل نكاح أمه وجداته وبنته وبنات ولده وأخته وبناتها وأخيه وعمته
وخالته وأُمِّ امْرَأَتِهِ وَبَنَاتِهَا إِنْ دَخَلَ بِهَا وَامْرَأَةُ أَبِيهِ وَأَجْدَادُهُ وَبَنَاتِهَا وَبَنَى أَوْلَادَهُ وَاجْتَمَعَ بَيْنَ
الْأُخْتَيْنِ نِكَاحًا وَوَطْنَا يَمْلِكُ يَمِينٍ ، وَيَحْرَمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَنْ ذَكَرْنَا) ما يحرم (من النسب)
اعلم أن المحرمات بكتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم تسعة أقسام : بالقرابة ،
وبالصهرية ، وبالرضاع ، وبالجمع ، وبالتقديم ، وبتعلق حق الغير به ، وبالملك ،

وبالكفر ، وبالطلاقات الثلاث . فالحرّمات بالقرابة سبعة أنواع : الأمّهات وإن علون ، والبنات وإن سفّلن ، والأخوات من أىّ جهة كنّ ، والحالات والعمات جميعهنّ ، وبنات الأخ وبنات الأخت وإن سفّلن فهنّ حرّمات بنصّ الكتاب نكاحا ووطئا ، ودواعيه على التأييد ، قال الله تعالى - حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت - نصّ على التحريم مطلقا فيقتضى حرمة جميع الأفعال في أهل المضاف إليه التحريم إلا فعلا فيه تعظيم وتكريم فانه خارج عن الإرادة ، إما لأنه مأمور به بالنصوص الموجبة لصلّة الرحم وبرّ الوالدين والإحسان بهما ، أو لوجوب ذلك عقلا ، أو بالإجماع . وما عداهنّ من القربات محلات بقوله تعالى - وأحلّ لكم ما وراء ذلكم - . والحرّمات بالصبورية أربعة : أمّ امرأته وبناتها ، فتحرّم أمها بنفس العقد على البنت . قال تعالى - وأمّهات نسائكم - مطلقا ، ولا تحرم البنت حتى يدخل بالأّم ، قال تعالى - وربائكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلنّ بهنّ - الآية ، وتحرم الربيبة وإن لم تكن في حجر الزوج ، وذكر الحجر في الآية يخرج مخرج العادة للشرط ، وكذا بنات بنت المرأة وبنات ابنها للدخولنّ تحت اسم الربيبة ، وحليلة الابن وابن الابن وابن البنت وإن سفّل حرام على الأب دخل الابن بها أو لم يدخل ، لقوله تعالى - وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم - فلا يدخل فيه حليلة الابن المتبنّى ، وحليلة الأب والجد من قبل الأب والأّم وإن علا حرام على الابن ، قال تعالى - ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء إلا ما قد سلف - وفي كلّ موضع يحرم بالعقد إنما يحرم بالعقد الصحيح دون الفاسد ، لأنّ مطلق النكاح والزوجة والحليلة إنما ينطلق على الصحيح ، واسم الحليلة يتناول الزوجة والمملوكة ، غير أنّ الزوجة تحرم بمجرد العقد ، والأمة لا تحرم إلا بالوطء ، لأنّ الفراش قائم مقام الوطء وهو موجود في ملك النكاح دون ملك الميّن ، ولهذا لا يجوز أن يجمع بين الأخنتين بعقد النكاح وإن لم يوطأ ، ويجوز ذلك في ملك الميّن إذا لم يوطأها ، ولو كان له جارية فقال وطئها حرمت على أبيه وابنته ، ولو قال ذلك في جارية الغير لا تحرم أخذها بالظاهر فيهما ؛ ولو اشترى جارية من تركة أبيه وسمعه ووطئها ما لم يعلم أنّ الأب وطئها ، ولو قصد امرأته ليجامعها وهي نائمة مع بنتها المشبهة فوقت يده على البنت ففرضها يشهوة يظنّ أنّها زوجته حرمت عليه امرأته . والحرّمات بالرضاع كلّ من تحرم بالقرابة والصبورية لقوله تعالى - وأمّهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة - وقال عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » . والحرّمات بالجمع : لا يحلّ للرجل أن يجمع بين أكثر من أربع نسوة لقوله تعالى - منى وثلاث ورباع - نصّ على الأربع فلا يجوز الزيادة عليهنّ ؛

وَلَوْ تَزَوَّجَ أُخْتَيْنِ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ فَسَدَ نِكَاحُهُمَا ، وَلَوْ تَزَوَّجَ أُخْتَيْنِ فِي عَقْدَيْنِ وَلَا يَدْرِي أَيُّهُمَا أُولَى فَرَّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمَا ، وَإِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ لَا يَحْجُزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُخْتَهَا وَلَا رَابِعَةً حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا ،

وروى « أن غيلان الدبلي أسلم وتحتة عشر نوسة ، فأمره عليه الصلاة والسلام أن يمسك منهن أربعة ويفارق الباقي » ويستوى في ذلك الحرائر والإماء المنكوحات ، لأن النص لم يفصل . والجمع بين الإماء ملكا ووطئا حلال وإن كثرن ، قال تعالى - إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم - مطلقا من غير حصر خرج عنه الزوجات بما ذكرنا فبقى الإماء على الإطلاق . ولا يجمع العبد بين أكثر من اثنتين لأن الرق منصف فيتصف ملك النكاح أيضا إظهارا لشرف الحرية ، ولا يجوز الجمع بين الأختين نكاحا ولا بملك يمين ووطئا لقوله تعالى - وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف - وقال عليه الصلاة والسلام « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن مائه في رحم أختين » ويجوز أن يجمع بينهما في الملك دون الوطء ، لأن المراد بالنص حرمة الوطء إجماعا ، فإن كان له أمة قد وطئها فتزوج أختها جاز النكاح لصدوره من أهله وإضافته إلى محله ، ولا يطلأ الأمة لأن المنكوحة موطوءة حكما ، ولا يطلأ المنكوحة حتى يحرم الأمة عليه فإذا حرما وطئ المنكوحة ، وإن لم يكن وطئ المملوكة وطئ المنكوحة وحرمت المنكوحة حتى يفارق المنكوحة قال (ولو تزوج أختين في عقد واحد فسد نكاحهما) لعدم أولوية جواز نكاح إحداهما (ولو تزوج أختين في عقدتين ولا يدري أيتهما أولى فرق بينه وبينهما) لأن نكاح إحداهما باطل بيقين ، ولا وجه إلى التيقن لعدم الأولوية ، ولهما نصف المهر بينهما بلجهاالة المستحقة فيشتركان فيه ، فإن تزوجهما على التعاقب فسد النكاح الأخيرة ويفارقها ، وإن علم القاضي بملك فرق بينهما (وإذا طلق امرأته لا يجوز أن يتزوج أختها ولا رابعة حتى تنقضي عدها) وسواء كان الطلاق بائنا أو رجعيا لبقاء نكاح الأولى من وجه ببقاء العدة والشفقة والسكنى ، والفراش القائم في حق ثبوت التسبب والمنع من الخروج والبروز والتزوج بزوجة آخر ، فثبتت الحرمة أخذًا بالاحتياط في باب الحرمة ، والمعتدة إذا لحقت بدار الحرب مرتدة محل للزوج نكاح أختها وأربع سواها لسقوط أحكام الإسلام عنها ، وعدة أم الولد إذا أعتقها مولاهما تمنع نكاح أختها دون الأربع لأن فراشها قائم فيكون جامعاً مائه في رحم أختين وأنه حرام بالحديث ، وحرمة الأربعة ورد في النكاح ، وقالوا : لا يمنع لأن له أن يتزوجها قبل العتق فكذا بعده ، لكن إذا عقد عليها لا يطلؤها حتى تنقضي العدة . وجوابه أن فراشها قبل العتق ضعيف يقبل النقل إلى غيره بالنكاح وبعده لا فافترقا ، والعقد قائم

ولا يَجْمَعُ بَيْنَ الرَّأَةِ وَعَمَّتِهَا أَوْ خَالَتِهَا ، وَلَا يَحْجُوزُ نِكَاحُ الْأُمَةِ عَلَى الْحُرَّةِ وَلَا مَعَهَا وَلَا فِي عِدَّتِهَا (سَم) ، وَيَحْجُوزُ نِكَاحُ الْحُرَّةِ وَالْأُمَةِ عَلَى الْأُمَةِ وَمَعَهَا وَفِي عِدَّتِهَا ، وَيَحْجُوزُ لِلْحُرِّ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَرْبَعًا مِنَ الْإِمَاءِ ، وَيَحْجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُمَةً مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى الْحُرَّةِ ، وَلَا يَحْجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ زَوْجَةَ الْغَيْرِ وَلَا مُعْتَدَّةً ، وَلَا يَتَزَوَّجُ حَامِلًا مِنْ غَيْرِهِ إِلَّا الزَّانِيَةَ (س ف) ، فَإِنْ فَعَلَ لَا يَبْطُلُهَا حَتَّى تَضَعَ ، وَلَا يَحْجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُمَّتَهُ وَلَا لِلرَّأَةِ عُبْدَهَا ،

مقام الوطء حتى يثبت التسبب منه فلا يجوز . قال (ولا يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها) للحديث المشهور ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « لا تنكح المرأة على عمها ولا على خالتها ولا على بنت أخيها ولا على بنت أخيها ، فانكم إذا فعلتم ذلك فقد قطعتم أرحامهم » ، ويجوز أن يجمع بين امرأة وابنة زوج كان لها من قبله لأنه لأقرباة بينهما . (و) المحرمات بالتقديم . (لا يجوز نكاح الأمة على الحرية ولا معها ولا في عِدَّتِهَا ، ويجوز نكاح الحرية والأمة على الأمة ومعها في عِدَّتِهَا) لقوله عليه الصلاة والسلام « لا تنكح الأمة على الحرية وتنكح الحرية عليها » وقال أبو يوسف ومحمد : يجوز نكاح الأمة في عِدَّة الحرية من طلاق بائن لأنه ليس بنكاح عليها حتى لو حلفت لا يتزوج عليها لا بحث بهذا . ولأبي حنيفة أن نكاح الحرية قائم من وجه على ما بينا ، واليدين مبناها على المقصود وهو عدم المزاحمة في القسم وقد وجد ، ولو تزوج في عقد واحد أربعة من الإماء وخمس من الحرائر جاز نكاح الإماء خاصة ، لأنه لا يجوز نكاح واحدة من الحرائر لعدم الأولوية فيبطل نكاحهن فلم توجد المزاحمة (ويجوز للحر أن يتزوج أربعة من الإماء) لأن قوله تعالى - ورباع - لا يفصل (ويجوز أن يتزوج أمة مع القدرة على الحرية) لأن النص صريح لا تفصل ، وهي قوله تعالى - وأحل لكم ما وراء ذلكم - وقوله سبحانه - فانكحوا ما طاب لكم من النساء - وغير ذلك . (و) المحرمات بتعلق حق الغير ف (لا يجوز أن يتزوج زوجة الغير ولا معتدته) قال عليه الصلاة والسلام « ملعون من سقى ماءه زرع غيره » ولأن ذلك يفضي إلى اشتباه الأنساب ، ولهذا لم يشرع الجمع بين الزوجين في امرأة واحدة في دين من الأديان . قال (ولا يتزوج حاملا من غيره) لما ذكرنا (إلا الزانية ، فان فعل لا يبطؤها حتى تضع) وقال أبو يوسف : النكاح فاسد لما سبق من الحديث ، ولأنه حمل محترم حتى لا يجوز إسقاطه . ولما أن الامتناع لتلا سقى ماءه زرع غيره في ثابت التسبب لحق صاحب الماء ولا حرمة الزاني فدخلت تحت قوله تعالى - وأحل لكم ما وراء ذلكم - فان كان الحمل ثابت التسبب كالحامل من السبي وحمل أم الولد من مولاهما ونحوه فالنكاح فاسد لما بينا . (و) المحرمات بالملك ف (لا يجوز أن يتزوج أمة ولا المرأة عبدا) وملك بعض العبد في هذا كملك كله ، وكذا حتى الملك

وَلَا يَحُوزُ نِكَاحُ الْمُجُوسِيَّاتِ وَالْوَدَّيَّاتِ وَلَا وَطْنُوهُنَّ بِمَلِكٍ يَمِينٍ ، وَيَحُوزُ تَزْوِيجُ الْكُتَابِيَّاتِ وَالصَّابِئِيَّاتِ (مم) . وَآلِزْنَا يُوجِبُ حُرْمَةَ الْمُصَاهَرَةِ ، وَكَذَا الْمَسَّ بِشَهْوَةٍ مِنَ الْجَانِبَيْنِ وَالنَّظَرَ إِلَى الْفَرْجِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ أَيْضًا .

كملوك المكاتب والمأذون ، لأن ملك اليمين أقوى من ملك النكاح فلا فائدة في إثباته الأضعف مع ثبوت الأقوى ، ولأن ملك النكاح يوجب لكل واحد من الزوجين على الآخر حقوقاً ، والرق ينافي ذلك . (و) المحرمات بالكفر (لا يجوز نكاح المجوسيات والوثنيات ولا وطنهن بملك يمين) قال تعالى - ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنن - وقال صلى الله عليه وسلم « سواهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبايحهم » (ويجوز تزويج الكتانيات) لقوله تعالى - والمحصنات من الدين أوتوا الكتاب من قبلكم - والذمية والحرية سواء لإطلاق النص ، والأمة والحرمة سواء لإطلاق المقتضى . (و) يجوز نكاح (الصابئيات) عند أبي حنيفة خلافاً لهما ، وعلى هذا حل ذبايحهم ، وهذا بناء على اشتباه مذهبهم ، فعندهم هم أهل كتاب يعظمون الكواكب ولا يعبدونها فصاروا كالكتانيات ، وعندهما يعبدون الكواكب وليسوا أهل كتاب . والمحرمات بالطلقات الثلاث لقوله تعالى - فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره - وعليه الإجماع . قال (وآلِزْنَا) يوجب حرمة المصاهرة (فن زنى بامرأة أو وطنها بشبهة حرمت عليه أصولها وفروعها ، ونحرم الموطوءة على أصول الواطئ وفروعه (وكذا المس) بشهوة من الجانبين والنظر إلى الفرج من الجانبين أيضاً) والمعتبر النظر إلى فرجها الباطن دون الظاهر . روى ذلك عن أبي يوسف وهو الصحيح . وحكى الطحاوى إجماع السلف في أن التقبيل واللمس عن شهوة يوجب حرمة المصاهرة ، والأصل فيه قوله تعالى - ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء - والحمل على الوطء أولى لما بيننا أن النكاح حقيقة هو الوطء ، أو لأنه أعم فكان الحمل عليه أولى وأعم فائدة ، فيصير معنى الآية والله أعلم : ولا تظنوا ما وطئ آبائكم مطلقاً ، فيدخل فيه النكاح والسفاح ، ولقوله عليه الصلاة والسلام « من زنى بامرأة حرمت عليه أمها وبناتها » وقال عليه الصلاة والسلام « من نظر إلى فرج امرأة بشهوة أو لمشها بشهوة حرمت عليه أمها وبناتها وحرمت على ابنه وأبيه » وإذا ثبت هذا الحكم في موطوءة الأب ثبت في موطوءة الابن وفي وطء أم امرأته وسائر ما يثبت بجرمة المصاهرة بالنكاح لأن أحداً لم يفصل بينهما ، ولأن الوطء سبب للجرمة بواسطة الولد ، ولهذا يضاف إليها كما يضاف إليه ، والاستمتاع بالجزء حرام ، والمس والنظر دافع إلى الوطء فيقام مقامه احتياطاً للحرمة . وكان الشيخ أبو الحسن الكرخي يقول : إن المراد من قوله - ولا تنكحوا ما نكح آبائكم - الوطء دون العقد لأنه حقيقة في الوطء ، ولم يرد به العقد لاستحالة

وَمَنْ جَمَعَ بَيْنَ امْرَأَتَيْنِ إِحْدَاهُمَا لَا يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُهَا صَحَّ نِكَاحُ الْأُخْرَى ؛ وَيُحْزَرُ أَنْ يَتَزَوَّجَ الْمُحْرِمُ حَالَةَ الْإِحْرَامِ ؛ وَنِكَاحُ الْمُتَعَةِ وَالنِّكَاحُ الْمُؤَقَّتُ (١) بَاطِلٌ .

كون اللفظ الواحد حقيقة ومجازاً في حالة واحدة ، والتحريم بالعقد ثبت بغير هذه الآية . وحدّ الشهوة أن تنتشر آلهة بالنظر والمس ، وإن كانت منتشرة فتزداد شدة ، والمحجوب والعين يتحرك قلبه بالاشتهاء ، أو يزداد اشتهاً ، ولو مسها وعليه ثوب إن منع وصول حرارتها إلى يده لانتبت الحرمة ، وإن لم تمنع تثبت ، ولو أخذ يدها ليقبلها بشهوة فلم يفعل حرمت (١) على ابنه ، ولو لمس شعر امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وبنتها لأنه من أجزاء بدنهما . قال أبو حنيفة : إذا جامع صغيرة لا يجامع مثلها فأفضاها بالتحريم عليه أمها . وقال أبو يوسف : محرم ، ولو كانت ممن يجامع مثلها حرمت عليه أمها بالإجماع . لأبي يوسف أنه وطئ في قبل فتحرّم كوطء الكبيرة . ولهما أنه ليس بسبب للولد فصار كاللواطة ، أما الكبيرة يحتمل العلوق . قال (ومن جمع بين امرأتين إحداهما لا يحلّ له نكاحها صحت نكاح الأخرى) معناه : إذا تزوّجهما في عقد واحد ، لأنه لا مانع من نكاح الأخرى لاختصاص المبطّل بذلك . قال (ويحزّر أن يتزوج المحرم حالة الإحرام) لأن النبي عليه الصلاة والسلام تزوّج ميمونة وهو محرم . والمحظور الوطء ودواعيه ، لا العقد ، وهو محمل ما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى أن ينكح المحرم . قال (ونكاح المتعة والنكاح المؤقت باطل) أما المتعة فلقوله تعالى - فن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون - وهذه ليست بمملوكة ولا زوجة . أما المملوكة فظاهر ، وأما الزوجة فلمعند أحكام الزوجية من الإرث وانقطاع الحلّ بغير طلاق ولا مانع ، وقد صحّ عن علي رضي الله عنه « أن النبي عليه الصلاة والسلام حرّم يوم خيبر متعة النساء ولحوم الحمر الأهلية » وما روى في إباحتها ثبت نسخه بإجماع الصحابة ، وصحّ أن ابن عباس رجع إلى قوله . وأما النكاح المؤقت فلائه أتى بمعنى المتعة والعبرة للعاني ، وسواء طالبت المدة أو قصرت ، لأن التأنيث هو المبطّل وهو الغلب لجهة المتعة . وصورة نكاح المتعة أن يقول الرجل لامرأة : متعيني نفسك بكنا من الدراهم مدة كذا ، فتقول له : متعتك نفسي ، أو يقول : أمتع بك ، ولا بدّ من لفظ التمتع فيه . وأما المؤقت فأن يتزوّجها بشهادة شاهدين مدة معلومة . وقال زفر : النكاح المؤقت صحيح ويبطل التأنيث ، لأن النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد ، وجوابه مأمّر .

(١) قوله حرمت : أي بمجرّد اللمس اهـ .

وعبارة النساء معتبرة في النكاح حتى لو زوّجت الحرة العاقلة البالغة نفسها جاز ، وكذلك لو زوّجت غيرها بالولاية أو الوكالة ، وكذا إذا وكلت غيرها في تزويجها ، أو زوّجها غيرها فأجازت (م) .

فصل

(وعبارة النساء معتبرة في النكاح حتى لو زوّجت الحرة العاقلة البالغة نفسها جاز ، وكذلك لو زوّجت غيرها بالولاية أو الوكالة ، وكذا إذا وكلت غيرها في تزويجها أو زوّجها غيرها فأجازت) وهذا قول أبي حنيفة وزفر والحسن ، وظاهر الرواية عن أبي يوسف . وقال محمد : لا يجوز إلا بإجازة الولي ، فان ماتا قبلها لا يتوارثان ولا يقع طلاقه ولاظهاره ووطؤه حرام ، فان امتنع الولي من الإجازة ذكر الطحاوي عن محمد يحدد القاضي العقد بينهما . وذكر هشام عن محمد فإن لم يجره الولي أجيزه أنا ، وكان يومئذ قاضيا فصار عنه روايتان . وروى أنه رجع إلى قول أبي حنيفة قبل موته بسبعة أيام . وحكى الفقيه أبو جعفر المنطوي : أن امرأة جاءت إلى محمد قبل موته بثلاثة أيام وقالت : إن لي وليا وهو لا يزوّجني إلا بعد أن يأخذ مني المالا كثيرا ، فقال لها محمد : اذهبي فزوّجي نفسك ، وهذا يؤيد ما روى من رجوعه . وعن أبي يوسف في غير رواية الأصول مثل قول محمد الأول . وفي رواية إن زوّجت نفسها من كفء لا يتوقف ، وإن كان من غير كفء يتوقف على إجازة الولي . وجه عدم الجواز ما روت عائشة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : « إنما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل » وقوله عليه الصلاة والسلام « لا نكاح إلا بولي » ولأنها كانت حوليا عليها قبل البلوغ في حق العقد والنفاذ لعدم رأيها ، فلوزال إنما يزول بما حدث لها من الرأي والعقل بالبلوغ ، وإنما حدث لها رأي وعقل ناقص ، ومن لم يحدث له رأي أصلا كن بلغ مجتونا لاتزول عنه الولاية أصلا ، ومن حدث له عقل كامل ورأي واغر كالزجل تزول ولايته أصلا ، فإذا حدث الناقص فكانه حدث من وجه دون وجه فتثبت لها إحدى الولاياتين وهو الاعتقاد دون النفاذ عملا بالشبهين ، ووجه القسح إذا لم يميز الولي أن النكاح إلى الأولياء بالحديث فيتوقف على إجازته ويرتد برده كما إذا عقد وتوقف على إجازتها ، فإذا بطل يحدد القاضي النكاح . ووجه رواية هشام أنه عقد صلب من المالك وتوقف على إجازة صاحب الحق فلا يفسخ برده كالراهن إذا باع الرهن ورده المرتين فانه لا يفسخ البيع حتى لو سهر المشتري إلى حين انفكاك الرهن نفذ ، وإذا بقي العقد أجازه القاضي إن امتنع الولي لظلمه بخلاف ما ذكر من المسئلة لأن المرأة هي للمالكة فتبطل بردها كما إذا باع المرتين

ورد الراهن . وجه قول أبي حنيفة قوله تعالى - حتى تنكح زوجا غيره - وقال تعالى - فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن - بالمعروف - وفي آية أخرى - من معروف - أضاف النكاح والفعل للإين ، وذلك يدل على صحة عبارتهن ونفاذا لأنه أضافه للإين على سبيل الاستقلال إذ لم يذكر معها غيرها ، وهي إذا زوجت نفسها من كفء بمهر المثل فقد فعلت في نفسها بالمعروف فلا جناح على الأولياء في ذلك . وروى ابن عباس « أن فتاة جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا نبي الله إن أبي زوجني من ابن أخ له ليرفع خسيسته وأنا له كارهة ، فقال لها : أجزى ما صنع أبوك ، فقالت : لارغبة لي فيما صنع أبي ، قال : فاذهي فانكحي من شئت ، فقالت : لارغبة لي عما صنع أبي يا رسول الله ولكني أردت أن أعلم النساء أن ليس للآباء من أمور بناتهم شيء » والاستدلال به من وجوه : أحدها قوله عليه الصلاة والسلام « فانكحي من شئت » . الثاني قولها ذلك ولم ينكر عليها فلم أنه ثابت إذ لو لم يكن ثابتا لما سكنت عنه . الثالث قوله « أجزى ما صنع أبوك » يدل على أن عقده غير نافذ عليها ، وفيه دليل لأصحابنا على أن العقد يتوقف أيضا . وفي البخاري « أن خنساء بنت جزام أنكحها أبوها وهي كارهة فردّه النبي عليه الصلاة والسلام » وروى أن امرأة زوجت بنتها برضاها ، فجاء الأولياء وخصموها إلى على رضي الله عنه ، فأجاز النكاح . وهذا دليل الانقاد بعبارة النساء ، وأنه أجاز النكاح بغيرولي لأنهم كانوا غائبين لأنها تصرّفت في خالص حقها ولا ضرر فيه لغيرها ، فينفذ كصهرتها في مالها والولاية في النكاح أسرع ثبوتها منها في المال ، ولهذا يثبت لغير الأب والجد ولا يثبت لهم في المال ولأن النكاح خالص حقها حتى يجبر الولي عليه عند طلبها وبذلك لها ، وهي أهل لاستيفاء حقوقها ، إلا أن الكفاءة حتى الأولياء فلا تقدر على إسقاط حقهم . وأما ما ذكر من الأحاديث فعارضة بما رويناهما أن يرجع إلى القياس وهو لنا على المال والرجل أو يوقف بين الحديتين فيحمل ما رويناه على الحرية العاقلة البالغة ، وما رويتموه على الأمة توفيقا ، كيف وقد ورد في بعض الروايات « أيما أمة نكحت نفسها » فيحمل المطلق على المقيد أويرجع والترجيح معنا ، لأن ما ذكرناه سالم عن الطعن وما رواه مطعون فيه ، فقد حكى عن أبي العباس المروزي قال : سمعت يحيى بن معين يقول : ثلاثة أحاديث لم تثبت عن النبي عليه الصلاة والسلام « كل مسكر حرام ، ومن مس ذكره فليتوضأ ، ولا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » ووافقه على ذلك أحمد بن حنبل وإسحق بن راهويه ، على أنا نقول : المرأة ولية نفسها فلا يكون نكاحا بلا ولي فلم قلتم إنها ليست وليا ؟ ولو قلتم ذلك استغنيت عن الحديث ، وكذا الحديث الآخر فإنه من رواية سليمان بن يسار عن الزهري وهو ضعيف

ولا إيجاباً على البكر البالغة في النكاح . والسنة الأولى أن يستأمر البكر قبل النكاح ويدكر لها الزوج فيقول : إن فلانا يخطبك أو يدكرك ، فإذا سكنت فقد رضييت ، ولو ضحكت فهو إذن ، ولو بكت إن كان يغير صوت فهو رضا ،

ضعفه البخاري وأسقط روايته . وروى أن مالكا وابن جريج سألا الزهري عن هذا الحديث فلم يعرفه ، والراوى إذا أنكر الخبر دل على بطلانه كالأصول مع الفروع ، ولأن من ملهب عائشة رضي الله عنها جواز النكاح بعبارة النساء ، فإنها زوجت بنت أخيها عبد الرحمن حين غاب بالشام ، دل ذلك على عدم صحة الحديث وروايتها له أو على نسخه أو على رجحان ما ذكرنا ، وقوله الحادث لها رأى ناقص ، قلنا المعتبر في باب الولاية مطلق العقل والبلوغ دون الريادة والتقصان ، فإن الناس يتفاوتون في الرأي والعقل تفاوتاً فاحشاً ، ولا اعتبار به في باب الولاية ، فإن كامل العقل والرأي ولايته على نفسه وماله كولاية ناقصهما ، وكمن من النساء من يكون أوفر عقلاً وأشد رأياً من كثير من الرجال ، ولأن في اعتبار ذلك حرجاً عظيماً وهو حرج التمييز بين الناس ، فعلم أن المعتبر أصل البلوغ والعقل وقد وجدا في المرأة ، فيرتب عليهما ما يرتب عليهما في الرجل قياساً على المال . قال (ولا إيجاب على البكر البالغة في النكاح) لقوله عليه الصلاة والسلام « البكر تستأمر في نفسها فإن صمتت فهو إذن ، وإن أبت فلا جواز عليها » وقال عليه الصلاة والسلام « شاوروا النساء في أبضاعهن ، قالت عائشة : يا رسول الله إن البكر لتستحي ، قال : إذن صامتاً » (والسنة الأولى أن يستأمر البكر قبل النكاح ويدكر لها الزوج فيقول : إن فلانا يخطبك أو يدكرك ، فإذا سكنت فقد رضييت) لما روينا ، فإذا زوجها من غير استئمار فقد أخطأ السنة ، فقد صح أنه صلى الله عليه وسلم لما أراد أن يزوجه فاطمة من علي رضي الله عنهما دنا إلى خلتها فقال : إن علياً يدكرك ثم خرج فزوجها (ولو ضحكت فهو إذن) لأنه دليل الرضا ، إلا إذا كان على وجه الاستهزاء (ولو بكت) فيه روايتان لأنه يكون عن سرور وعن حزن ، والاختار (إن كان يغير صوت فهو رضا) ويكون بكاء على فراق الأهل وكذا لو زوجها بغير إذن ثم بلغها ، يعتبر السكوت كما ذكرنا والبلوغ إليها أن يرسل إليها وليها رسولاً يخبرها بذلك عدلاً كان أو غير عدل ، فإن أخبرها فصولي فلا بد من العدد أو العدالة ، لأنه خير يشبه الشهادة من وجه فيشترط أحد وصفي الشهادة . وعندهما لا يشترط ذلك لأنه خير كسائر الأخبار ، وإن قال الولي : أزوجك من فلان أو فلان فسكت فأبهما زوجها جاز ، ولو سمي جماعة إن كانوا يحصون فهو رضا ، وإلا لا يكون رضا ، ولو استأمرها فقالت غيره أحب إلى منه لا يكون إذن ، ولو قالت ذلك بعد العقد يكون إذن

وَلَوْ اسْتَأْذَنَهَا غَيْرُ الْوَلِيِّ فَلَا يَدْ مِنْ الْقَوْلِ ؛ وَإِذْنُ الثَّيِّبِ بِالْقَوْلِ ، وَيَتَّبِعِي
 أَنْ يَدْ كَرَّمَهَا الزَّوْجُ بِمَا تَعْرِفُهُ ، فَإِنْ زَالَتْ بِكَارְهَا بِوَكَيْةٍ أَوْ جِرَاحَةٍ
 أَوْ تَعْنِيسٍ أَوْ حَيْضٍ ، فَهِيَ يَكْرُ ، وَكَذَلِكَ إِنْ زَالَتْ بِزِنَا (سَم) ؛ وَلَوْ قَالَ
 الزَّوْجُ : بَلْعَنَكَ النِّكَاحُ فَسَكَتَ ، فَقَالَتْ : بَلْ رَدَدْتُ فَأَلْقَوْلُ قَوْلُهَا وَلَا
 يَمِينُ عَلَيْهَا (سَم) ،

لأنه كلام يحتمل الإذن وعلمه فلا تثبت الإذن قبل العقد بالشك ولا ينطل العقد بالشك
 (ولو استأذنها غير الولي فلا بد من القول) لأن السكوت إنما جعل رضا عند الحاجة وهو
 استئذان الولي وعجزها عن المباشرة فلا يقاس عليه عدم الحاجة وهو من لا يملك العقد ولا
 التفات إلى كلامه . قال (وإذن الثيب بالقول) قال عليه الصلاة والسلام « الثيب تستأمر »
 أى يطلب أمرها والأمر بالقول . وقال في حق البكر « تستأذن » أى يطلب الإذن منها ،
 والإذن والرضا يكون بالسكوت . وقال عليه الصلاة والسلام « والثيب يعرب عنها لسانها »
 ولأن السكوت إنما جعل إذا لمكان الحياء المانع من النطق المختص بالأبكار ، ويكون
 فيمن أكثر فلا يقاس عليها الثيب . قال (وينبغي أن يذكر لها الزوج بما تعرفه) لعدم
 تحقق الرضا بالمجهول . وقال بعضهم : يشترط تسمية قدر الصداق أيضا لاختلاف الرغبات
 باختلافه . قال (فإن زالت بكارها بوثبة أو جراحة أو تعنيس أو حيض فهي بكر) لأنها
 في حكم الأبكار حتى تلتحل تحت الوصية لهم بالإجماع ومصيبها أول مصيب (وكذلك إن
 زالت بزنا) عند أبي حنيفة ، وقالوا : تزوج كما تزوج الثيب لأن مصيبها عائد إليها إذ هو
 من التنويب وهو العود مرة بعد أخرى ، وله أنه لو اشترط نطقها فإن لم تنطق نفوتها مصلحة
 النكاح ، وإن نطقت والناس يعرفونها بكرا فتتضرر بأشهار الزنا عنها فيكون حياؤها أكثر
 فتتضرر على كل حال ، فوجب أن لا يشترط دفعا للضرر عنها حتى لو كانت مشهورة بذلك
 بأن أقيم عليها الحد أو اعتادته وتكرر منها ، أو قضى عليها بالعدّة تستنطق بالإجماع لزوال
 الحياء وعدم الضرر بالنطق ؛ ولو مات زوج البكر أو طلقها قبل الدخول تزوج كالأبكار
 لبقاء البكارة والحياء (ولو قال الزوج : بلغك النكاح فسكت ، فقالت : بل رددت فألقول
 قولها) لأنها منكرة تملك بضعها والينة بينه لأنه يلعبه (ولا يمين عليها) عند أبي حنيفة
 خلافا لهما وقد مر في الدعوى ، ولو ادعت رد النكاح حين أدركت وادعى الزوج
 السكوت فألقول قوله لأنه منكر زوال ملكه عنها ؛ وإن زوجت نفسها وزوجها الولي
 برضاها فأيهما قالت هو الأول صح لصحة إقرارها على نفسها دون إقرار الأب ؛ وإن قالت
 لأدري لم يثبت واحد منهما لعدم إمكان الجمع وعدم أولوية أحدهما ؛ ولو تزوجها على أنها
 بكر فوجدها نثيا يجب جميع المهر لأن البكارة لا تصير مستحقة بالنكاح ؛ ولو زوجها ولها

وَيَجُوزُ لِلْوَلِيِّ إِنِّكَاحُ الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ وَالْمَجْنُونَةِ ، ثُمَّ إِنْ كَانَ الْمَرْزُوجُ أَبًا
أَوْ جَدًّا فَلَا خِيَارَ لَهَا بَعْدَ الْبُلُوغِ ، وَإِنْ زَوَّجَهُمَا غَيْرُهُمَا فَلَهُمَا الْخِيَارُ (س)

فيلها فردت ، ثم قال لها إن جماعة يخطبونك فقالت أنا راضية بما تفعل فزوجها الأول
لا يجوز ، لأن قولها أنا راضية بما تفعل ينصرف إلى غيره دلالة ، ومثله لو قال لرجل كرهت
صبي فلانة فطلقها فزوجني امرأة ، فزوجه تلك المرأة لا يجوز ، وكذلك لو باع عبده
ثم أمر إنسانا أن يشتري له عبدا فاشترى ذلك العبد لا يجوز . قال (ويجوز للولي إنكاح
الصغير والصغيرة والمجنونة) لقوله عليه الصلاة والسلام « ألا لايزوج النساء إلا الأولياء
ولا يزوجن إلا من الأكفاء » وقال عليه الصلاة والسلام « النكاح إلى العصبات » وباللغات
خرجن بما سبق من الأحاديث في الصغار « والني على الصلاة والسلام تزوج عائشة رضى
الله عنها وهي بنت سبع سنين وبني بها وهي بنت تسع » وعلى رضى الله عنه زوج ابنته
أم كلثوم من عمر وهي صغيرة ، ولأن النكاح يتضمن المصالح وذلك يكون بين المتكاثرين
والكفاء لا يتفق في كل وقت ، فست الحاجة إلى إثبات الولاية على الصغار تحصيل المصلحة
وإعدادا للكفء إلى وقت الحاجة ، والقربة موجبة للنظر والشفقة فيستظم الجميع ، إلا أن
شفقة الأب والجد أكثر فيكون عقدهما لازما لا خيار فيه ، وشفقة غيرها لمن قصرت
عنها قلنا بالاتفاق وثبت الخيار عند البلوغ ، فان رآه غير مصلحة فسح (ثم إن كان
الزوج أباً أو جدا فلا خيار لهما بعد البلوغ) لو فور شفقتهم وشدة حرصهما على نفهم
فكانهم بأشروهم بأنفسهم ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم ما خير عائشة رضى الله عنها
حين بلغت (وإن زوجهما غيرها فلهما الخيار) إن شاء أقاما على النكاح ، وإن شاء فسحا
وقال أبو يوسف : لا خيار لهما كالأب والجد . وجوابه ما ذكرنا من قصور شفقتهم عن
شفقة الأب والجد ، وذلك مظنة وقوع الخلل في المقصود من النكاح فيثبت الخيار لدفع
الخلل لو كان ، ثم سكوت البكر عند بلوغها رضا إذا علمت بالنكاح ، ولا يمتد إلى آخر
المجلس كما في الابتداء ، ولو بلغت بعد الدخول فلا بد من القول والتصريح بالرضا أو بالرد
لأنها ثبت كما في الابتداء وكذا الغلام ، ولا بد في القسح من القضاء لأن العقد قد تم
وثبت أحكامه فلا يرتفع إلا برفع من له ولاية وهو القاضي أو براضيهما ، ولأنه لرفع
ضرر حق وهو وقوع الخلل في العقد فيكون إلزاما فاحتاج إلى القضاء ، ويشمل الذكر
والأنثى لشمول المعنى لهما ، ويشترط عليهما بالنكاح دون الحكم لأن العقد يتفرده به الولي
فيعدوان الجهل . أما الحكم فالمدار دار الإسلام فلا عذر في الجهل ، بخلاف خيار العتق
حيث لا يحتاج إلى القضاء لأنه دفع ضرر ظاهر وهو زيادة الملك ويقتصر على الأنثى ، إلا أن
زيادة الملك في حقها دونه ويمتد إلى آخر المجلس لأنه جواب التعليل قال عليه الصلاة والسلام

ولا خيار لأحد الزوجين في عيب إلا في الحب والعنة والخصاء ، والولي العصب على ترتيبهم في الإرث والحجب ثم مولى العتاقة . وللام وأقاربها التزويج ، ثم مولى المولاة ، ثم القاضي (سم) ؛

« ملكت بضعتك فاختارى » وتعلم في الجهل بحكم الخيار لأنها مشغولة بخدمة المولى فلا تنفرغ للعلم ، وإذا اختارت الفسخ في خيار البلوغ ففرق القاضي فمى فرقة بغير طلاق ، ولأنه فسخ ثبت ضرورة دفع الزوم فلا يكون طلاقا ولهذا يثبت لها ولا مهر لها إن كان قبل الدخول لأن المراد من الفسخ رفع مثنوات العقد ، وإن كان بعد الدخول فلها المسمى لأنه استوفى المفقود عليه ، وكذا لو اختار الغلام قبل الدخول لا مهر عليه ، وليس لنا فرقة جاءت من قبل الزوج ولا مهر عليه إلا هذه (١) . والوجه فيه أنه لو وجب المهر لما كان في الخيار فائدة لأنه قادر على الفرقة بالطلاق ، فلما ثبت الخيار علمنا أنه ثبت لفائدة وهي سقوط المهر ، ولو مات أحدهما قبل البلوغ أوبعده قبل التفريق ورثه الآخر لصحة العقد وثبوت الملك به وقد انتهى بالموت (ولا خيار لأحد الزوجين في عيب إلا في الحب والعنة والخصاء) على ما يأتي في موضعه إن شاء الله تعالى . قال (والولي العصب) لقوله عليه الصلاة والسلام « النكاح إلى العصباء » وهم (على ترتيبهم في الإرث والحجب ثم مولى العتاقة) لأنه آخر العصباء على ما عرف في الفرائض . قال (وللام وأقاربها التزويج ، ثم مولى المولاة ، ثم القاضي) أما الأم وأقاربها فذهب أبي حنيفة ، وروى عنه وهو قولهما ليس لهم ذلك لما روينا ، ولأن الولاية تثبت دفعا للعار يعلم الكف . وذلك إلى العصباء لأنهم هم الذين يعيرون بذلك . ولأبي حنيفة أن الأصل في هذه الولاية إنما هو القرابة الداعية إلى الشفقة والنظر في حق المولى عليه ، وذلك يتحقق في كل من هو غنص بالقرابة . وشفقة الأم أكثر من شفقة غيرها من الأبعد من أبناء الأعمام ، وكذلك شفقة الجد لأم والأخوال ، ولأن الأم أحد الأبوين فتثبت الولاية لها كالأخ ، وهو مروي عن علي

(١) يرد على هذه القاعدة ما لو تزوج مكانية وجعل مهرها جارية ، ثم تزوج الأمة التي جعلت مهرها ، ثم طلق المسكينة قبل الدخول فانه يفسخ العقد في الجارية لعود ملك نصف الجارية إلى ملكه ، فانه يصدق أن الفرقة جاءت من قبله بالطلاق مع أن مهر الجارية عليه ويرد عليه أيضا ما لو تزوج أمة ثم اشتراها فانه يفسخ العقد لدخول الجارية في ملكه ، فصدق أن الفرقة جاءت من قبله بسبب الشراء مع أن مهر الجارية عليه . ويمكن الجواب بأن مراد الشارح يكون الفرقة من قبله أن تكون من قبله قصدا ، والفرقة في هاتين المستلتين ليست من قبله قصدا بل في ضمن الطلاق في المسئلة الأولى ، وفي ضمن الشراء في المسئلة الثانية . كذا بهامش نسخة مخطوطة .

ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون ولا كافر على مسلمة ، وابن المجنون
يُقدَّم على أبيها (م) ؛ وإذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة لا ينتظر الكفء
الحاطب حضوره زوجها الأبعد (ز) ،

وابن مسعود رضى الله عنهما . والأصل أن كل قرابة يتعلق بها الوارث يتعلق بها ثبوت الولاية
لأنها داعية إلى الشفقة والنظر كالعصبات إلا أنهم تأخروا عن العصبات لضعف الرأي وبعد
القرابة كما في الإرث ، وأما الحديث فإنه يقتضى النكاح إلى العصبات عند وجودهم ، أما
عند عدمهم فالحديث ساكت عنه فنقول : ينتقل إلى ما هو في معنى العصبات في الشفقة فلا
يكون حجة علينا بل لنا ، ونمامه يعرف في الفرائض في فصل ذوى الأرحام . وأما مولى العتاقة
فلأنه وارث مؤخر عن ذوى الأرحام فكذا في الولاية ولأنه عصبه على ما عرف في الفرائض .
وأما القاضي فلقوله عليه الصلاة والسلام « السلطان ولي من لا ولي له » . قال (ولا ولاية
لعبد ولا صغير ولا مجنون ولا كافر على مسلمة) أما العبد فلأنه لا ولاية له على نفسه
فكيف يلي غيره ؟ وكلنا الصبي والمجنون لأنهما لا نظر لهما ولا خبرة وهذه ولاية نظرية
وأما الكافر فإن الولاية تقتضى نفوذ قول الولي على المولى عليه ، ولا نفاذ لقول الكافر على
المسلم كما في الشهادة ، قال الله تعالى - ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا -
وثبتت له الولاية على ولده الكافر ، قال تعالى - والذين كفروا بعضهم أولياء بعض -
ولهذا تقبل شهادة بعضهم على بعض . قال (وابن المجنون يقدم على أبيها) في ولاية النكاح .
وقال محمد : يقدم الأب لأنه أشفق ولهما أن التقديم هنا بالعصوبة والابن مقدم في العصوبة
كما في الإرث . قال (وإذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة لا ينتظر الكفء الحاطب
حضوره زوجها الأبعد) واختلفوا في الغيبة المنقطعة ، فعن أبي يوسف مسيرة شهر ، وعن
محمد من الكوفة إلى الرى خمس عشرة مرحلة ، وعنه من بغداد إلى الرى عشرون مرحلة .
وفصل ابن شجاع ذلك فقال : إذا كان في موضع لا تصل إليه القوافل والرسل في السنة
إلا مرة واحدة فهى غيبة منقطعة . قال القدورى : وهذا صحيح لأن الحاطب لا ينتظر سنة
ولا يعلم هل يجب الولي أم لا ، وقد ينتظر بعض السنة فلذلك قدره بهذا . وقال زفر : إذا كان
في مكان لا يدرى أين هو فهو غيبة منقطعة وهذا حسن لأنه إذا كان لا يدرى أين هو
لا يمكن استطلاع رأيه فتوت المصلحة ، وقيل ثلاثة أيام ، والمختار ما ذكره في الكتاب
لأنه فتوت المصلحة باستطلاع رأيه وانتظاره . وقال زفر : لا يزوجه الأبعد لأن ولاية
الأقرب قائمة حتى لو زوجها حيث هواز . ولنا أنه لو لم ينتقل إلى الأبعد تضرر الصغيرة
لأنه يفوت الكفء الحاضر وقد لا يتفق الكفء مرة أخرى فوجب أن ينتقل دفعا لهذا
النصر ، ولأن الغائب عاجز عن تدبير مصالح النكاح فيفوت مقصود الولاية لأنها نظرية

وَكُنْ زَوْجَهَا وَلَيْتَ الْفَأُولُ أُولَى ، وَإِنْ كَانَا مَعًا بَطْلًا ، وَيَجُوزُ لِلأَبِ وَالْجَدِّ
لَنْ يَزُوجَ ابْنَهُ بِأَكْثَرِ مِنْ مَهْرٍ الْمَثَلِ وَأَبْنَتُهُ بِأَقْلٍ (سم) ، وَمِنْ غَيْرِ كُفٍّ ،
وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ لِغَيْرِهِمَا ، وَالوَاحِدُ يَتَوَلَّى طَرَفِي الْعَقْدِ وَلَيْتَ كَانَ أَوْ وَكَيْلًا ،
أَوْ وَلِيًّا وَوَكَيْلًا أَوْ أَصِيلًا وَوَكَيْلًا ، أَوْ وَلِيًّا وَأَصِيلًا .

ولا نظر في ذلك . وأما إذا زوجها فيه روايتان ، قيل لا يجوز لانقطاع ولايته ، وقيل
يجوز لظهور الانتفاع برأيه ، ولأننا إنما أسقطنا ولايته دفعا للضرر عن الصغيرة ، فإذا زوجها
ارتفع الضرر فعادت الولاية بعد ارتفاعها ، ولا ينتقل إلى السلطان لأنه ولي من لاوئ له
بالحديث . وهذه لها أولياء إذ الكلام فيه . قال (ولو زوجها وليان فأول أولى) لقوله
عليه الصلاة والسلام « إذا أنكح الوليان فأول أولى » ولكنه لما سبق فقد صح فلا يجوز
نكاح الثاني ، وهذا لأن سبب الولاية القرابة وهي لا تنجزى ، والحكم الثابت به أيضا
لا يتجزى فصار كل واحد منهما كالمفرد فأيهما عقد جاز كالأمان (وإن كانا معا بطلا)
لثبوت الجمع وعدم أولوية أحدهما . قال (ويجوز للأب والجد أن يزوج ابنة بأكثر من
مهر المثل وابنته بأقل ومن غير كفء ، ولا يجوز ذلك لغيرهما) وقالوا : لا يجوز ذلك
للأب والجد أيضا إلا أن يكون نقصانا يتغابن في مثله ، ولا ينتقد العقد عندهما لأن هذه
الولاية نظرية ولا نظر في ذلك ، ولهذا لا يجوز ذلك في المال . ولأن حنفية أن النكاح عقد
عمر ، وهو يشمل على مقاصد وأغراض ومصالح باطنة ، فالظاهر أن الأب مع وفور شفقة
وكمال رأيه ما أقدم على هذا النقص إلا لمصلحة تربو وتزيد عليه هي أنفع من القدر الفائت
من المال والكفاءة ، بخلاف المال لأن المقصود المالية لا غير ، وبخلاف غير الأب والجد
لأنهم أنقص شفقة ، وبخلاف ما إذا تزوجت المرأة وقصرت في مهرها حيث للأولياء الاعتراض
عليها عنده حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها لأنها سريعة الانخداع بضعيفة الرأي ، فضل ذلك
متابعة للهوى لا التحصيل المقاصد ، لأن النساء قلما ينظرن في عواقب الأمور ومصالحها .
وقال أبو يوسف ومحمد : لا اعتراض عليها لأن المهر حقها ، ولهذا كان لها أن تبني فلان
تنقصه أولى . ولأن حنفية أن المهر إلى عشرة دراهم حتى الشرع فلا يجوز التقيص منه شرعا
حتى لو سمي أقل من عشرة فلها عشرة وإلى مهر مثلها حتى الأولياء لأنهم يعيرون بذلك
فلهم مخاصمتها إلى تمامه ، والاستيفاء حقها فإن شامت قبضته وإن شاءت وهبت . قال
(والواحد يتولى طرفي العقد وليا كان أو وكيفا ، أو وليا ووكيفا ، أو أصيلا ووكيفا ،
أو وليا وأصيلا) أما الولي من الجانبين كمن تزوج ابن ابنة بنت ابن له آخر أو بنت أخيه
ابن أخ له آخر أو أمته عبده ونحو ذلك والوكيل ظاهر . وأما الولي والوكيل بأن وكله رجل

وَيَتَعَمَّدُ نِكَاحُ الْقُضُولَى مَوْقُوفًا كَالْبَيْعِ إِذَا كَانَ مِنْ جَانِبٍ وَاحِدٍ ، أَمَّا مِنْ جَانِبَيْنِ (س) أَوْ قُضُولِيٍّ مِنْ جَانِبٍ أَصِيلًا مِنْ جَانِبٍ فَلَا .
وَالْكَفَاءَةُ تُعْتَبَرُ فِي النِّكَاحِ فِي النَّسَبِ

أَنْ يَزُوجَ بِنْتَهُ الصَّغِيرَةَ ، أَوْ وَكَلَتْهُ امْرَأَةٌ أَنْ يَزُوجَهَا مِنْ ابْنَتِهِ الصَّغِيرِ . وَأَمَّا الْوَكِيلُ وَالْأَصِيلُ ، بَأَنْ وَكَلَتْهُ امْرَأَةٌ أَنْ يَزُوجَهَا مِنْ نَفْسِهِ . وَأَمَّا الْوَلِيُّ وَالْأَصِيلُ أَنْ يَزُوجَ ابْنَتَهُ عَمَهُ الصَّغِيرَةَ مِنْ نَفْسِهِ . وَصُورَتُهُ أَنْ يَقُولَ : أَشْهَدُ أَنْ زَوَّجْتُ فَلَانَةَ مِنْ فَلَانٍ ، أَوْ فَلَانَةَ مِنِّي ، أَوْ تَزَوَّجْتُ فَلَانَةَ ، وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى الْقَبُولِ لِأَنَّهُ تَضَمَّنَ الشَّطْرَيْنِ . وَقَالَ زُهْرٌ : لَا يَجُوزُ ذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ الْوَاحِدُ مَمْلُوكًا مَمْلُوكًا كَالْبَيْعِ . وَلَنَا أَنَّهُ مُعْبَرٌ وَسَفِيرٌ وَالْمَنَاعُ مِنْ ذَلِكَ فِي الْبَيْعِ رَجُوعُ الْحَقُوقِ إِلَى الْعَاقِدِ فَيَجْرِي فِيهِ الْمَنَاعُ ، لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ الْوَاحِدُ مُطَالِبًا وَمَطَالِبًا فِي حَقٍّ وَاحِدٍ ، وَهَذَا الْحَقُوقُ لَا تَرْجِعُ إِلَيْهِ فَلَا تَمْنَعُ . قَالَ (وَيَتَعَمَّدُ نِكَاحُ الْقُضُولَى مَوْقُوفًا كَالْبَيْعِ إِذَا كَانَ مِنْ جَانِبٍ وَاحِدٍ ، أَمَّا مِنْ جَانِبَيْنِ أَوْ قُضُولِيٍّ مِنْ جَانِبٍ أَصِيلًا مِنْ جَانِبٍ فَلَا) أَمَّا الْقُضُولَى مِنْ جَانِبٍ بَأَنْ يَزُوجَ امْرَأَةً بِغَيْرِ امْرَأَةٍ رَجُلًا ، أَوْ رَجُلًا بِغَيْرِ امْرَأَةٍ قَبِيلَتِ ، فَانَّهُ يَتَعَمَّدُ وَيَتَوَقَّفُ عَلَى إِجَازَةِ الْغَائِبِ . وَأَمَّا مِنَ الْجَانِبَيْنِ فَهُوَ أَنْ يَقُولَ : أَشْهَدُ أَنْ زَوَّجْتُ فَلَانَةَ مِنْ فَلَانٍ وَهِيَ غَائِبَةٌ بِغَيْرِ امْرَأَةٍ فَهَذَا لَا يَتَعَمَّدُ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ : يَتَعَمَّدُ مَوْقُوفًا عَلَى إِجَازَتِهِمَا ، وَالْقُضُولَى مِنْ جَانِبٍ أَصِيلٍ مِنْ جَانِبٍ بَأَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ : أَشْهَدُ أَنْ زَوَّجْتُ فَلَانَةَ وَهِيَ غَائِبَةٌ وَلَمْ يَقْبَلْ مِنْهَا أَحَدٌ ، فَهَذَا أَيْضًا عَلَى الْخِلَافِ ، وَلَوْ جَرَى بَيْنَ قُضُولَيْنِ جَازَ بِاتِّفَاقِنَا ، وَذَكَرْنَا فِي الْبَيُوعِ الدَّلِيلَ عَلَى انْعِقَادِ تَصَرُّفَاتِ الْقُضُولَى . لِأَنِّي يُونُسَ فِي الْخِلَافَةِ أَنَّهُ لَوْ كَانَ وَكَيْلًا لَانْعَقَدَ وَنَقَلَ ، فَإِذَا كَانَ قُضُولِيٍّ يَتَعَمَّدُ وَيَقِفُ . وَلَهُمَا أَنْ هَذَا شَطْرُ الْعَقْدِ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى مَا وَرَاءَ الْمَجْلِسِ كَمَا إِذَا كَانَ أَصِيلًا ، بِخِلَافِ الْوَكِيلِ لِأَنَّهُ مُعْبَرٌ فَيَنْقَلُ كَلَامُهُ إِلَيْهَا ، وَكَلَامُ الْقُضُولِيِّ عَقْدٌ تَامٌ فَلَا يُقَاسُ عَلَيْهِ ، وَلَوْ زَوَّجَ الْأَبُ ابْنَهُ الْكَبِيرَ فَجَنَّ قَبْلَ الْإِجَازَةِ فَأُجَازَةُ الْأَبِ جَازٌ وَنَفَذَ لَثُبُوتُ الْوَلَايَةِ عَلَيْهِ وَقَدْ الْإِجَازَةُ .

فصل

(وَالْكَفَاءَةُ تُعْتَبَرُ فِي النِّكَاحِ) وَتُعْتَبَرُ فِي الرِّجَالِ لِلنِّسَابِ لِلزَّوْمَةِ فِي حَقِّهِنَّ ، وَلِأَنَّ الشَّرِيفَةَ نَعِيرٌ وَيُعْتَظَمُ كَوْنُهَا مُسْتَفْرَشَةً لِلْخُسَيْسِ ، وَلَا كَذَلِكَ الرَّجُلُ لِأَنَّهُ هُوَ الْمُسْتَفْرَشُ . وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : لَا لَا يَزُوجُ النِّسَاءَ إِلَّا الْأَوْلِيَاءُ ، وَلَا يَزُوجَنَّ إِلَّا الْمَنْ الْأَكْفَاءُ . وَلِأَنَّ الْمَصَالِحَ إِنَّمَا تَمَّ بَيْنَ الْمُتَكَافَيْنِ غَالِبًا فَيَشْتَرُطُ لَيْسَ الْمَقْصُودُ مِنْهُ . قَالَ وَتُعْتَبَرُ (فِي النَّسَبِ) قَرِيشٌ بَعْضُهُمْ أَكْفَاءُ لِبَعْضٍ لَا يَكْفَاهُمْ غَيْرُهُمْ مِنَ الْعَرَبِ ، وَالْعَرَبُ بَعْضُهُمْ أَكْفَاءُ

وفي الدين والتقوى وفي الصنائع وفي الحرية وفي المال ، ومن له أب في الإسلام أو الحرية لا يكافي من له أبوان ، والأبوان (ص) والأكثر سواء ،

لبعض لا يكافئهم المولى ، قال عليه الصلاة والسلام « قريش بعضهم أكفاء لبعض ، والعرب بعضهم أكفاء لبعض » وقال عليه الصلاة والسلام « والمولى بعضهم أكفاء لبعض » ولا يعتبر التفاضل في قريش وإن كان أفضلهم بنو هاشم لما روينا ، ولأن النبي عليه الصلاة والسلام زوج ابنته عاتق وكان عيشيا أميا ، وعلى رضى الله عنه زوج ابنته عمر رضى الله عنه وكان عدويا . قال محمد : إلا أن يكون نسبا مشهورا كبيت الخلافة تعطيا لها . قال (وفي الدين والتقوى) حتى إن بنت الرجل الصالح لو تزوجت فاسقا كان للأولياء الرد لأنه من أفجر الأشياء وأنها تعبر بذلك ، وقوله عليه الصلاة والسلام « عليك بذات الدين تربت يداك » إشارة إلى أنه أبلغ في المقصود . وقال محمد : لا يعتبر إلا أن يكون فاحشا كمن يصفع ويسخر منه أو يخرج سكران ويلعب به الصبيان لأنه من أمور الآخرة فلا يبتنى عليه أحكام الدنيا ، ولأن الأمير النسيب كففه للدنية ، إن كان لا يبالى بما يقولون فيه ولا يلحقها به شين ، بخلاف الفاحش لأنه يلحقها به شين . وعن أبي يوسف إذا كان الفاسق ذا مروءة فهو كفف ، وهو أن يكون مسترا لأنه لا يظهر فلا يلتحق بها الشين . قال (وفي الصنائع) لأن الناس يعيرون بالنداء منها . وعن أبي حنيفة أنه غير معتبر فانه يمكن الانتقال عنها فليست وصفا لازما . وعن أبي يوسف لا يعتبر إلا أن يفحش كالحائك والحجام والكناس والدباغ فانه لا يكون كفواً لبنت البراز والبطار والصيرفي والجوهري . قال (وفي الحرية) فلا يكون العبد كفواً للحرّة لأنها تعبر به فانه نقص وشين . قال (وفي المال) وهو ملك المهر المعجل والتفقة في ظاهر الرواية حتى لو وجد أحدهما دون الآخر لا يكون كفواً ، لأن بالتفقة تقوم مصالح النكاح ويدوم الازدواج فلا بد منه ، والمهر بدل البضع فلا بد من إيفائه ، والمراد به ما تعارف الناس تعجيله حتى يسمونه نقدا والباقي بعده تعارفه مؤجلا ، وعن أبي يوسف إن كان يملك المهر دون التفقة ليس بكفف ، وإن كان يملك التفقة دون المهر فهو كفف لأن المهر تجرى فيه المساهلة ، وبعد الرجل قادرا عليه بقدرة أبيه . أما التفقة لا بد منها في كل وقت ويوم . وفي النوادر عن أبي حنيفة ومحمد : امرأة فاقمة في اليسار زوجت نفسها ممن يقدّر على المهر والتفقة ردّ عقدها . وقال أبو يوسف : إذا كان قادرا على إيفاء ما يعجل ويكتسب ما ينق عليها يوما بيوم كان كفواً لها ، ولا اعتبار بما زاد على ذلك لأن المال غاد ورائح . قال (ومن له أب في الإسلام أو الحرية لا يكافي من له أبوان) لأن النسب بالأب وتماه بالجد (والأبوان والأكثر سواء) لما بينا . وعند أبي يوسف الواحد والأكثر سواء ، وقد سبق في الدعوى ، ومن أسلم بنقشه لا يكون كفواً

وَإِذَا تَزَوَّجْتَ غَيْرَ كَفَاءٍ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ أَنْ يَفْرُقَ بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ قَبِضَ الْوَلِيُّ
الْمَهْرَ أَوْ جَهَازَ بَيْتِهِ أَوْ طَالَبَ بِالنَّفَقَةِ فَقَدْ رَضِيَ ، وَإِنْ سَكَتَ لَا يَكُونُ رَضًى ،
وَإِنْ رَضِيَ أَحَدُ الْأَوْلِيَاءِ فَلَيْسَ (س) لِغَيْرِهِ يَمْنٌ هُوَ فِي دَرَجَتِهِ أَوْ أَسْفَلَ
مِنْهُ الْإِعْتِرَاضُ ، وَإِنْ كَانَ أَقْرَبَ مِنْهُ فَكَذَلِكَ ،

لمن له أب واحد في الإسلام لأن التناحر بالإسلام ، والكفاءة في العقل ، قبل لاعتبار ،
وقبل اعتبار ، فلا يكون المهر كفوًا للعاقلة . قال (وإذا تزوجت غير كفاء فللولي أن
يفرق بينهما) دفعًا للمار عنه ، والتفريق إلى القاضي كما تقدم في خيار البلوغ ، وما لم يفرق
فأحكام النكاح ثابتة ، ولا يكون الفسخ طلاقًا لأن الطلاق تصرف في النكاح وهذا فسخ
لأصل النكاح ، ولأن الفسخ إنما يكون طلاقًا إذا فعله القاضي نيابة عن الزوج وهذا ليس
كذلك ، ولهذا لا يجب لها شيء من المهر إن كان قبل الدخول لما بينا ، وإن دخل بها فلها
المسمى وعليها العدة ولها نفقة العدة للدخول في عقد صحيح . قال (فان قبض الولي المهر
أو جهز به أو طالب بالنفقة فقد رضى) لأن ذلك تقرير للنكاح وأنه رضى كما إذا زوجها
فكنت الزوج من نفسها (وإن سكت لا يكون رضى) وإن طالت المدة ما لم تلد لأن
السكوت عن الحق التأكد لا يطلعه لاحتمال تأخره إلى وقت يختار فيه الخصومة (وإن رضى
أحد الأولياء فليس لغيره ممن هو في درجته أو أسفل منه الاعتراض وإن كان أقرب منه فله
ذلك) وقال أبو يوسف : الباقي حق الاعتراض لأنه حتى ثبت لهما عتقهما فإذا رضى
أحدهم فقد أسقط حقه وبقي حق الباقي : ولنا أن هذا فيما يتجزأ وهذا لا يتجزأ وهو دفع
المار فجعل كل واحد منهما كالمنفرد كما مر ، وهذا لأنه صبح الإسقاط في حقه فيسقط
في حق غيره ضرورة عدم التجزئ كالنفق عن القصاص وصار كالأمان ، بخلاف ما إذا
رضيت لأن حقه غير حقهم ، لأن حقها صيانة نفسها عن ذل الاستفراش ، وحقهم
في دفع المار ، فسقوط أحدهما لا يقتضي سقوط الآخر . وروى الحسن عن أبي حنيفة إذا
تزوجت بغير كفاء لم يجز . قال همام الأئمة السرخسي : وهو أحوط فليس كل ولي
يضمن المرافعة إلى القاضي ، ولا كل قاض يعدل ، فكان الأحوط سد هذا الباب (١) ،
ولو انتسب إلى غير نسله فتزوجته إن كان النسب المكتوم أفضل لا خيار لها ولا للأولياء
كما إذا اشتراه على أنه معيب فإذا هو سليم ، وإن كان دونه فلها ولهم الخيار ، وإن رضيت
فلهم الخيار لما تقدم ، وإن كان دونه إلا أنه كفاء بالنسب المكتوم فلا خيار للأولياء
لأنه كفاء لهم فلا عار عليهم ولها الخيار لأنه شرط لها زيادة منفعة ، وقد فاقت فيثبت الخيار
كما إذا اشترى عبدا على أنه خباز أو كاتب فوجده لا يحسنه ، وهذا لأن الاستفراش ذل

(١) قال في الخاتمة : هذا أصح وأحوط ، والمختار للفتوى في زماننا .

وَإِنْ نَقَصْتَ مِنْ مَهْرٍ مِثْلِهَا فَلِلْأَوْلِيَاءِ أَنْ يُفَرِّقُوا أَوْ يُتِمَّمَهُ .
 الْمَهْرُ أَقَلُّهُ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ أَوْ مَا قِيمَتُهُ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ وَلَا يَحْجُوزُ أَنْ
 يَكُونَ إِلَّا مَالًا ،

في جانبها ، وهي إنما رضيت باستفراش من هو أفضل منها ، وإن كانت هي التي غرته
 فلا خيار له لأنه لا يفوته شيء من المصالح ، والكفاءة ليست بشرط من جانبها ، وهو قادر
 على الطلاق وصار كالجلب والعنة والرتق . وعن أبي بكر الرازي وأبي الحسن الكرخي أنه
 لا تعتبر الكفاءة ، وهو مذهب مالك لقوله تعالى - إنا خلقناكم من ذكر وأنثى - إلى أن قال
 - إن أكرمكم عند الله أتقاكم - وقال عليه الصلاة والسلام « لس لعربي على عجمي فضل
 إلا بالتقوى » وقال عليه الصلاة والسلام لأبي هريرة « لو كان لي بنت لزوجتك » وروى
 « أن بلالا خطب امرأة من الأنصار فأبوا أن يزوجه ، فقال له عليه الصلاة والسلام : قل
 قل لهم إن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمركم أن تزوجوني » وجوابه ما تقدم ، ولأن
 المراد بالآية حكم الآخرة لا الدنيا ، لأن التقوى لا يعلم حقيقتها إلا الله وثوابها في الآخرة
 وكذا قوله عليه الصلاة والسلام المراد به الفضل عند الله تعالى وهو جواب الحديث ، ويجب
 الحمل عليه توفيقا بين الأدلة . قال (وإن نقصت من مهر مثلها فللأولياء أن يفرقوا
 أو يمتعه) ولا إشكال في ذلك على قولهما لأنه يجوز نكاح المرأة بغير إذن وليها أما على
 قول محمد فلا إشكال أيضا على رواية رجوعه . إلى قول أبي حنيفة ، وعلى قول الأول
 فيه إشكال لأنه لا يصح نكاحها عنده إلا باذن الولي . قالوا : صورته إذا أكره الولي المرأة
 على النكاح بدون مهر المثل ثم زال الإكراه فأجازت النكاح فللأولياء الاعتراض عند
 أبي حنيفة خلافا لهما على ما تقدم .

فصل

(المهر أقله عشرة دراهم أو ما قيمته عشرة دراهم ، ولا يجوز أن يكون إلا مالا) والأصل
 فيه قوله تعالى - وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم - خلق الحل بشرط الابتغاء
 بالمال فلا يحل دونه ، وسقوطه بالطلاق قبل الدخول عند عدم التسمية لا يدل على علمه لأنه
 يشبه الفسخ ، وسقوط العوض عند وجود الفسخ لا يدل على عدم الوجوب ، ولأن
 سقوطه يدل على ثبوته إذ لا يسقط إلا ما ثبت ولزم ، والتنصيف بالطلاق قبل الدخول
 ثبت نصا على خلاف القياس ، والمذكور في الآية مطلق المال فكان جملا ، والنبي عليه
 الصلاة والسلام فسره بالعشرة فقال فيها رواه عنه جابر وعبد الله بن عمره لامهر أقل
 من عشرة دراهم ، ولأن المهر ثبت حقا لله تعالى حتى لا يكون النكاح بطلونه ، ولولفاه
 أو سكت عنه ، ولهذا كان لها المطالبة بالفرض والتقدير وأنه يتنى على وجود الأصل ،

فان سَمِيَ أَقْلٌ مِنْ عَشْرَةٍ فَلَهَا عَشْرَةٌ (د) ، وَمَنْ سَمِيَ مَهْرًا لَزِمَهُ بِالْدُخُولِ وَالْمَوْتِ ، وَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ لَزِمَهُ نِصْفُهُ ، وَإِنْ لَمْ يُسَمَّ لَهَا مَهْرًا أَوْ شَرَطَ أَنْ لَا مَهْرَ لَهَا فَلَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ بِالْدُخُولِ وَالْمَوْتِ وَالْمَتْعَةُ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَلَا تَجِبُ إِلَّا لِهَذِهِ ، وَتُسْتَحَبُّ لِكُلِّ مُطَلَّقةٍ سِوَاهَا . وَالْمَتْعَةُ دَرَجٌ وَخَارٌ وَمِلْحَقَةٌ يُعْتَبَرُ ذَلِكَ بِجَاكِه ، وَلَا تَزَادُ عَلَى قَدَرِ نِصْفِ مَهْرِ الْمِثْلِ ،

وما ثبت لحق الله تعالى يخلطه التقدير كالزكاة . قال (فان سمي أقل من عشرة فلها عشرة) وقال زفر : لها مهر المثل لأنه سمي ما لا يصلح مهرًا فصار كعدم التسمية . ولنا أن العشرة لا تبعض في حكم العقد ، فقسمته بعضه كنصيبه كله كالطلقة ، وكما إذا تزوج نصفها ، لأن الشرع أوجبه إظهارًا لخطر النكاح ، ولا يظهر بأصل المال لتناوله الحقيق منه ، وما أوجبه الشرع تولى بيان مقداره كالزكاة ، ولأنها حطت عنه ما تملكه وما لا تملكه ، فيسقط ما تملكه وهو الزيادة على العشرة ، ولا يسقط ما لا تملكه وهو تمام العشرة ، كما إذا أسقط أحد الشريكين الدين المشترك يصبح في نصيبه خاصة . قال (ومن سمي مهرًا لزمه بالدخول والموت) أما الدخول فلا ينفذ به تسليم المثل ، وبالموت يتقرر النكاح بانتهائه فيجب المثل (وإن طلقها قبل الدخول لزمه نصفه) لقوله تعالى - فنصف ما فرضتم - . قال (وإن لم يسم لها مهرًا أو شرط أن لا مهر لها فلها مهر المثل بالدخول والموت والمتعة بالطلاق قبل الدخول) لأن النكاح صح فوجب العوض لأنه عقد معاوضة ، والمهر وجب حقًا للشرع على ما بينا ، والواجب الأصلي مهر المثل لأنه أعدل فيصار إليه عند عدم التسمية ، بخلاف حالة التسمية لأنهم رضوا به ، فان كان أقل من مهر المثل فقد رضيت بالنقصان ، وإن كان أكثر فقد رضى بالزيادة . قال عليه الصلاة والسلام « المهر ما تراضى عليه الأهلون » ، وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في بروج تبنت واشق الأشجعية بمهر المثل ، وقد تزوجت بغير مهر ومات عنها قبل الدخول . وأما وجوب المتعة بالطلاق قبل الدخول فلقوله تعالى فيه - ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره - قال (ولا تجب إلا لهذه) لأنها قائمة مقام نصف المهر وهي خلف عنه فلا يجتمع مع الأصل في حق غيرها ، ولهذا لو كانت قيمتها أكثر من نصف مهر المثل وجب نصف مهر المثل ولا ينقص من خمسة دراهم (وتستحب لكل مطلقة سواها) قال (والمتعة درج وخار وملحقة) هكذا ذكره ابن عباس وعائشة رضي الله عنهما (يعتبر ذلك بجاله) لقوله تعالى - على الموسع قدره - (ولا تزد على قدر نصف مهر المثل) لأن النكاح الذي سمي فيه أقوى ، فإذا لم يحب في الأقوى أكثر من نصف المهر لا يجب في الأضعف بطريق الأولى

وَأَنْ زَادَهَا فِي الْمَهْرِ لَزِمَتْهُ الزَّيَادَةُ ، وَتَسْقُطُ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدَّخُولِ (س) ،
وَأَنْ حَطَّتْ مِنْ مَهْرِهَا صَبَحَ الْحَطُّ ، وَالْخُلُوةُ الصَّحِيحَةُ فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ
كَالدَّخُولِ ، وَكَذَلِكَ الْعَيْنُ وَالْخَصِيُّ وَالْمَجْبُوبُ (س) . وَالْخُلُوةُ الصَّحِيحَةُ
أَنْ لَا يَكُونَ ثَمَّ مَانِعٌ مِنَ الْوَطْءِ طَبْعًا وَشَرْعًا ، فَالْمَرْءُ الْمَانِعُ مِنَ الْوَطْءِ مِنْ
جِهَتِهِ أَوْ جِهَتِهَا مَانِعٌ طَبْعًا ، وَكَذَلِكَ الرَّقْتُ وَالْقَرْنُ وَالْحَيْضُ وَالْإِحْرَامُ
وَصَوْمُ رَمَضَانَ وَصَلَاةُ الْقَرَضِ .

قال (وإن زادها في المهر لزمته الزيادة) لما مر في البيوع في الزيادة في الثمن والمثمن
(وتسقط بالطلاق قبل الدخول) وعند أبي يوسف تنصف بالطلاق قبل الدخول ، لأن
عنده المفروض بعد العقد كالمفروض فيه . وعندهما التنصيف يختص بالمفروض فيه .
وأصله أنه إذا تزوجها ولم يسم لها مهرًا ثم اصطالحا على تسمية فهي لها إن دخل بها أو مات
عنها ، وإن طلقها قبل الدخول فالتمتع . وقال أبو يوسف : يتنصف ما اصطالحا عليه
لقوله تعالى - فينصف ما فرضتم - . ولهما أن هذا تعيين لما وجب بالعقد من مهر المثل ،
ومهر المثل لا يتنصف ، فكذا ما يقوم مقامه ، والفرض المعروف هو المفروض في العقد ،
وهو المزد بالنص . قال (وإن حطت من مهرها صبح الحط) لأنه خالص حقها بقاء
واستيفاء فتملك حطه كسائر الحقوق . قال (والخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح
كالدخول) لما روى محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان قال : قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم « من كشف خمار امرأة ونظر إليها فقد وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل » وروى
زرارة بن أبي أوفى قال : قضى الخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم أنه إذا أرخى سترا
أو أغلق الباب فلها الصداق كاملا وعليها العدة . وقال عمر رضي الله عنه : فيه ما ذنبن
إذا جاء العجز من قبلكم ، ولأنه عقد على المنافع فيستقر بالتخلية كالإجارة ولأنها سلمت
المبدل إليه فيجب لها البذل كالبيع (وكذلك العين والخصي) لما ذكرنا (و) كذلك
(المجبوب) وقالوا : يجب عليه نصف المهر لوجود المانع قطعاً وهو أعجز من المرض ،
وله أن المستحق له في هذا العقد إنما هو السحق (١) وقد سلمت إليه ذلك (والخلوة
الصحيحة أن لا يكون ثَمَّ مانع من الوطء طبعاً وشريعاً ، فالمرض المانع من الوطء من جهته
أو جهتها مانع طبعاً ، وكذلك الرق والقرن) وكذا إذا كان يخاف زيادة المرض ، فانه
لا يعرى عن نوع فتور (والحيض) مانع شريعاً وطبعاً إذ الطباع السليمة تنفر منه (والإحرام)
بالحج أو العمرة فرضاً أو نفلاً (وصوم رمضان وصلاة القرض) مانع شريعاً . أما الإحرام

وفي النكاح الفاسد لا يجب إلا مهر المثل ، ولا يجب إلا بالدخول حقيقة ، ولا يتجاوز به المسمى ، ويثبت فيه النسب .

وإن تزوجها على خبر أو ختير ، أو على هذا الدن من الخل (سم) فإذا هو محرر ، أو على هذا العبد فإذا هو حر ، أو على خدمته سنة (س) ٤ أو تعليم القرآن جاز النكاح (م) ، ولها مهر المثل .

فلما يلزمه من الدم ، وفي الصوم لما يلزمه من الكفارة والقضاء ، بخلاف التطوع فإنه يجوز إبطاره بعذر يتعلق بحق الأدنى كالضيافة ، ولا كذلك رمضان والمنور والقضاء فيه روايتان ؛ وقيل في صوم يوم التطوع روايتان ، وكذلك السنن إلا ركعتي الفجر والأربع قبل الظهر لشدة تأكيدهما بالوعيد على تركهما ، والمكان الذي تصح فيه الخلوة أن يأمنه فيه اطلاع غيرها عليهما حتى لو خلاها في مسجد أو حمام أو طريق أو على سطح لأحبابه له فلبست صحيحة ، وكذلك لو كان معها أعمى أو صبي يعقل أو مجنون أو كلب عقور أو منكوحه له أخرى أو أجنبية ؛ وفي الأمة فيه روايتان ، وعليها العدة في جميع ذلك احتياطاً لأنها حق الشرع . قال (وفي النكاح الفاسد لا يجب إلا مهر المثل ، ولا يجب إلا بالدخول حقيقة) لأن الحرمة قائمة وأنها مانعة شرعاً ، فلا يجب إلا باستيفاء منافع البضع حقيقة ، وإنما يجب مهر المثل لأنه لما فسد المسمى صرنا إلى مهر المثل ، إذ هو الموجب الأصل لما مر (ولا يتجاوز به المسمى) لأن المستوفى ليس بمال وإنما يتقوم بالتسمية ، فإن نقصته عن مهر المثل لانتجبت الزيادة عليها لعدم التسمية ، وإن زادت لانتجبت الزيادة لفساد التسمية بخلاف البيع الفاسد حيث تجب القيمة بالغة ما بلغت لأنه مال متقوم فيقدر بدله بقيمته (ويثبت فيه النسب) لأنه مما يحتاط في إثباته ، وأول مدته وقت الدخول ، بخلاف النكاح الصحيح حيث يعتبر من وقت العقد ، لأن الصحيح دأب إلى الوطء فأقيم العقد مقامه ، والفاسد ليس بدأب لما بينا من الحرمة فلا يقام العقد مقامه ، وعليها العدة احتياطاً ونحراً عن اشتباه النسب ، وأولها يوم التفريق لأنها وجبت لشبهة النكاح ، والشبهة إنما ترفع بالتفريق

فصل

(وإن تزوجها على خبر أو ختير ، أو على هذا الدن من الخل فإذا هو حر ، أو على هذا لعبد فإذا هو حر ، أو على خدمته سنة ، أو تعليم القرآن جاز النكاح ولها مهر المثل) أما الحر والخير فلائنه شرط فاسد فيلغو ، والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ، بخلاف البيع ، وإذا بطلت التسمية صارت كالعلم فيجب مهر المثل لما تقدم : وأما الدن فكذلك

وَإِذَا تَزَوَّجَ الْعَبْدُ بِأَذْنِ مَوْلَاهُ عَلَى خِدْمَتِهِ سَنَةً جَازَ وَلَهَا الْخِدْمَةُ ، وَإِنْ تَزَوَّجَهَا عَلَى أَلْفٍ عَلَى أَنْ لَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا ، فَإِنْ وَفَّى فَلَهَا الْمُسَمَّى ،

عند أبي حنيفة ، لأن الإشارة أبلغ في التعريف من التسمية فصار كأنه تزوجها على الخمر ، وقالوا : لها مثل وزنه خلا ، وكذلك العبد عند أبي حنيفة لما مر . وقال أبو يوسف : يجب فيه مثل قيمته لو كان عبداً لأنه أطمعها في مال وقد عجز عن تسليمه فيجب قيمته أو مثله كما إذا تزوجها على عبد الغير . وقال محمد : يجب مهر المثل لأن الأصل أن المسمى إذا كان من جنس المشار إليه يتعلق العقد بالمشار إليه ، لأن المسمى موجود في المشار إليه ذاتاً ، ألا يرى أنه لو اشترى فصاً على أنه ياقوت أمر فإذا هو أخضر انعقد العقد لاتحاد الجنس ، وإن كان المسمى من خلاف جنس المشار إليه يتعلق العقد بالمسمى لأنه ليس موجوداً فيه لا ذاتاً ولا صفة ، ألا ترى أن من اشترى فصاً على أنه ياقوت فإذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف الجنس ، وفيما نحن فيه العبد والحرّ جنس واحد فيتعلق العقد بالمشار إليه كأنه تزوجها على حرّ فيلزمه مهر المثل . أما الخلل والخمر جنسان لتفاحش التفاوت بينهما فيتعلق العقد بالمسمى وهو الخلل فيلزمه ، وأما إذا تزوجها على خدمته سنة ، أو تعليم القرآن فلهما وجوب مهر المثل . وقال محمد : لها قيمة خدمته لأنه مال إلا أنه عجز عن التسليم للمناقضة فصار كما إذا تزوجها على عبد الغير فإنه يجب القيمة . ولهما أن الخدمة ليست بمال لأنها لا تستحق بحال فصار كتسمية الخمر ، وهذا لأن تقوم المنافع بالعقد ، فإذا لم يجب تسليمها فيه لم يظهر تقومها فيصار إلى مهر المثل لما بينا أو نقول المشروع الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع لما بينا ، أو نقول تعليم القرآن واجب فلا يجوز أن يكون مهراً كتعليم الشهادتين ، بخلاف خدمة العبد لأنها مال فإنها تتضمن تسليم رقبته ، ولأن استحقاق الزوجة خدمة الزوج قلب الموضوع ، لأن توقيع الزوج واجب عليها وفي استخدامه إهانة . قال (وإذا تزوج العبد بأذن مولاه على خدمته سنة جاز ولها الخدمة) لأنها مال على ما بينا ولا مناقضة فإنه يخدم المولى معنى حيث كان بأمره ؛ ولو تزوجها على خدمة حرّ آخر ، الصحيح أنه يصح إذ لا مناقضة ، وترجع بقيمة خدمته على الزوج ، ولو تزوجها على أن يرعى غنمها أو يزرع أرضها فيه روايتان والفرق على إحداهما أنه لا مناقضة لأنه من باب القيام بمصالح الزوجية ؛ ولو جمع بين ما هو مال وما ليس بمال ، فإن وفي المال بال عشرة فهو لها لا غير ، وإن لم يف فلها تمام مهر مثلها كما لو تزوجها على عشرة دراهم ورطل من خر فلها العشرة ولا يكفل لها مهر المثل ، ولو تزوجها على عيب عبد اشتراه منها جاز ، فإن كانت قيمة العيب عشرة فهو لها ولا يكفل عشرة . قال (وإن تزوجها على ألف على أن لا يتزوج عليها ، فإن وفي فلها المسمى) لأنه

وإلا فتهر مثلها ، وإن قال على ألف إن أقام بها ، وألفين إن أخرجهما ، فإن أقام فلها الألف ، وإن أخرجهما فتهر مثلها (سم ز) ، وإن تزوجها على هذا العبد أو هذا فلها أشبههما بتهر المثل (سم) ، وإن كان مهر المثل بينهما فلها مهر المثل (سم) ؛ وإن تزوجها على حيوان ، فإن سمى نوعه كالفرس جاز ، وإن لم يصفه ولما الوسط ، فإن شاء أعطاه ذلك ، وإن شاء قيمته ؛ والثوب مثل الحيوان ، إلا أنه إن ذكر وصفه لزمه تسليمه ،

يصلح مهرها وقد تراخيا به (وإلا فهر مثلها) لأنها ما رخصت بالألف إلا مع ما ذكر لها من المنفعة فيكمل لها مهر المثل لأنها لم ترض به فكأنه ما سمى ، ولو تزوجها على ألف وكرامتها (١) فلها مهر المثل لا ينقص من ألف لأنه رضى بها ، وإن طلقها قبل الدخول لها نصف الألف لأنها أكثر من المنعة (وإن قال على ألف إن أقام بها وألفين إن أخرجهما ، فإن أقام فلها الألف) لما بينا (وإن أخرجهما فهر مثلها) لا يزداد على ألفين ولا ينقص من ألف ، وقالوا : الشرطان جائزان ، وعند زفر فاسدان ولها مهر المثل في الوجهين ، وعلى هذا على ألف إن لم يتزوج عليها ، وألفين إن تزوج . لزفر أن كل واحد منهما على خطر الوجود فكان المهر مجهولا . ولهما أن كل واحد منهما فيه غرض صحيح وقد سمى فيه بدلا معلوما فصار كاختياطة القارسية والرومية . ولأبي حنيفة أن الشرط الأول صح وموجه المسمى لما بينا . والشرط الثاني ينفي موجب الأول والتسمية متى صحت لا يجوز نفي موجبها فيبطل الشرط الثاني ، ولو تزوجها على ألف إن كانت قيحة ، وألفين إن كانت جبلة صح الشرطان ، والفرق أنه لا مخاطرة هنا ، لأن المرأة على صفة واحدة إلا أن الزوج يجهلها ، وفي المسئلة الأولى المخاطرة موجودة في التسمية الثانية ، لأنه لا يدري أن الزوج هل ينفي بالشرط الأول أم لا (وإن تزوجها على هذا العبد أو هذا فلها أشبههما بمهر المثل ، وإن كان مهر المثل بينهما فلها مهر المثل) وقالوا : لها الأوكس بكل حال ؛ وإن طلقها قبل الدخول فلها نصف الأوكس بالإجماع . ولما أن الأوكس مسمى ييقن لأنه أقل ولا يصار إلى مهر المثل مع المسمى . ولأبي حنيفة أن الأصل مهر المثل ، وإنما يترك عند صحة المسمى وأنه مجهول للدخول كلمة أو فيكون فاسدا ، إلا أن مهر المثل إذا كان أكثر من الأرفع فقد رخصت بالخط ، وإن كان أقل فقد رضى بالزيادة ، ومتى جهل المسمى تجب المنفعة بالطلاق قبل الدخول ، إلا أن نصف الأوكس يزيد عليها عادة فيجب لاعترافه . قال (وإن تزوجها على حيوان فإن سمى نوعه كالفرس جاز وإن لم يصفه ولما الوسط فإن شاء أعطاه ذلك ، وإن شاء قيمته ؛ والثوب مثل الحيوان ، إلا أنه إن ذكر وصفه لزمه تسليمه

(١) قوله وكرامتها : أى بأن يحسن إليها بشيء ترض به

وَكذلكَ كُلِّ ما يَثْبُتُ في الذِّمَّةِ

وكذلك كل ما يثبت في الذمة (والأصل في ذلك أن التسمية لاتصح مع جهالة الجنس والنوع والصفة لأنها تؤدي إلى المنازعة ، وتصح مع الجهالة اليسيرة كجهالة الوصف لأن النكاح يحتمل ضربا من الجهالة ، لأن مبناه على المساهلة والمساغة ، ألا ترى أنه يجوز بمهر المثل مع جهالته لما أنها لاتوجب المنازعة كذلك جهالة الوصف ، بخلاف البيع لأن مبناه على المماكسة والمضابطة . ثم الجهالة أنواع : منها جهالة النوع والوصف كقوله : ثوب أو دابة أو دار فلا تصح هذه التسمية لتفاوتها تفاوتا فاحشا في الصور والمعاني فيجب مهر المثل ، وكذا التسمية مع الخطر كقوله على ما في بطن جاريتي أو غنمه أو ما يحمله نخله هذه السنة . ومنها ما هو معلوم النوع مجهول الصفة مثل قوله عبد أو فرس أو بقرة أو شاة أو ثوب هروى فإنه تصح التسمية ، ويجب الوسط منه لأنه إذا كان معلوم النوع كان له جيد وريء ووسط والوسط أعدل لأنه ذو حظ من الطرفين ، وعند جهالة النوع لاوسط لاختلاف معاني الأنواع ، فإن معنى الفرس غير معنى الجميل ، ومعنى الشاة غير معنى الجاموس ، وكذلك اختلاف أنواع الثياب كالأطلس والقطن وغيرهما ، وإنما يتخير لأن الوسط إنما يعرف بالقيمة فكانت أصلا في حق الإيفاء ، والعين أصل من حيث التسمية فيتخير وتجبر المرأة على القبول ، وقال زفر : إذا كان المهر ثوبا صوفا لاتجبر على أخذ القيمة ، وهو رواية عن أبي حنيفة لأنها استحقت الثوب بالتسمية فلا تجبر على أخذ غيره كما في السلم . وجوابه إذا لم يكن معينا فهو وقيمته سواء في الجهالة فتجبر على القبول كما في الحيوان . واختار بعضهم قول زفر وقال هو الأصح ، لأن الثوب وجب في الذمة وجوبا مستقرا كالسلم ، ولا كذلك الحيوان لأنه لايجب في الذمة وجوبا مستقرا في السلم فكذا هنا ، ثم عند أبي حنيفة قيمة العبد الوسط أربعون دينارا ، وإن سمي أيضا فخمسون وهو قيمة الفرة ، والمهر بمعنى الفرة ، وعندهما على قدر الرخص والغلاء ، وقيل هذا اختلاف زمان لا برهان . ومنها ما هو معلوم الجنس والصفة وهو غير معين كما إذا تزوجها على مكيل أو موزون موصوف في الذمة تصح التسمية ، ويلزمه تسليم عينه لأن ذلك يثبت في الذمة بثبوت صحيتها فيلزمه تسليمه كالتقود ، ولو تزوجها على كره حنطة مطلقا ولم يصفه بخير الزوج بين الوسط وبين قيمته . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يلزمه تسليم الكره ، ولو تزوج امرأتين على ألف قسمت الألف على قدر مهر مثلثهما رجوعا إلى الأصل لأنه لما أضاف إليهما فقد أضاف إلى كل واحدة ما تستحقه واستحقاقهما في الأصل مهر المثل كمن دفع إلى ربي دين ألفا بينهما فأنهما يقتسمانها على قدر دينيهما كذلك هذا ، فإن طلقهما قبل الدخول فنصف الألف بينهما على قدر حقيهما ، فإن لم يصح نكاح إحداهما

وَمَهْرٌ مِثْلُهَا يُعْتَبَرُ بَيْنَسَاءِ عَشِيرَةِ أَبِيهَا، فَإِنْ كَمْ يُوجَدُ مِنْهُمْ مِثْلُ حَالِهَا
تَقِنَ الْأَجَانِبَ، وَيُعْتَبَرُ بِامْرَأَةٍ هِيَ مِثْلُهَا فِي السِّنِّ وَالْحُسْنِ وَالْبِكَارَةِ وَالْبَلَدِ
وَالْعَصْرِ وَالْمَالِ، فَإِنْ كَمْ يُوجَدُ ذَلِكَ كُلُّهُ فَالَّذِي يُوجَدُ مِنْهُ؛ وَلِلْمَرَأَةِ أَنْ
تَمْتَنِعَ نَفْسَهَا وَأَنْ يُسَافِرَ بِهَا حَتَّى يُعْطِيَهَا مَهْرَهَا،

صحَّ نكاح الأخرى، لأن المبطل اختصَّ بها فلا يمتدَّ أها والألف كلها التي صحَّ نكاحها
وقالا: يقسم على مهر مثلها كالمسألة الأولى لأنه أضافه إليهما كهي، فما أصاب التي صحَّ
نكاحها فهو لها ويسقط الباقي. ولأنَّ حنيفة أن إضافة النكاح إلى ما لا يصحَّ نكاحها لغو
فصار كما إذا ضمَّ إليها أسطوانة أودابة، والبدل إنما ينقسم بحكم المعاوضة والمساواة والدخول
في العقد، ولا معاوضة في المحرمة، ولا مساواة ولا دخول في العقد فصارت علما،
وإضافة الشيء إلى اثنين واختصاصه بأحدهما جائز، قال تعالى: يا معشر الجن والإنس
ألم يأتكم رسل منكم - أضاف الرسل إليهما، والرسل مختصة بالإنس دون الجن، فإن
دخل بالتي لم يصحَّ نكاحها فلها مهر المثل عند أبي حنيفة، وهو الصحيح لأنه وطء حرام
سقط فيه الحدّ لشبهة العقد فيجب مهر المثل، وعندهما الأقل من مهر المثل ومما يخصها
قال (ومهر مثلها يعتبر بنساء عشيرة أبيها) كأنخواتها وعماتها وبنات عمها دون أمها ونخالها
إلا أن يكونا من قبيلة أبيها، هكذا روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في بروع حين
تزوجت بغير مهر، فقال: لها مهر مثل نسائها ونسائها أقارب الأب، ولأن قيمة الشيء
تعرف بقيمة جنسه، وجنسه قوم أبيه (فإن لم يوجد منهم مثل حالها فن الأجانب) تحصيلها
للمقصود بقدر الوسع. قال (ويعتبر بامرأة هي مثلها في السن والحسن والبكارة والبلد
والعصر والمال) فإن المهر يختلف باختلاف هذه الأوصاف لأن الرغبات تختلف بها (فإن
لم يوجد ذلك كله فالذي يوجد منه) لأنه يتعذر اجتماع هذه الأوصاف في امرأتين فيعتبر
بالموجود منها لأنها مثلها. وعن بعض المشايخ أن الجمال لا يعتبر إذا كانت ذات حسب
وشرف، وإنما يعتبر في الأوسط لأن الرغبة حينئذ في الجمال. قال (وللمرأة أن تمنع نفسها
وأن يسافر بها حتى يعطيها مهرها) لأن حقها قد تعين في المبدل فوجب أن يتمنح حقها
في البدل تسوية بينهما، وإن كان المهر كله مؤجلا ليس لها ذلك لأنها رضيت بتأخير حقها
وعند أبي يوسف لها ذلك لأنها سلمت إليه فليس لها أن تمتنع بعده كالبائع إذا سلم المبيع
ليس له حبسه بعد ذلك، وله أن المهر مقابل بجميع الوطأت لئلا يتخلو الوطء عن العوض
إظهارا لخطر البضع إلا أنه تأكد بوطأة الأولى لجلها ما وراعاها، والمجهول لا يراحم العلوم
فاذا وجد بعدله وطء آخر صار معلوما فتحققت الزاوجة فصار المهر مقابلا بالكل،

فلذا أوفأها مهرها نكحها إلى حيث شاء ، وقيل لا يسافر بها وعكثه الفتوى .

فصل

ولا يجوز بيع العبد والأمة والمدبر وأم الولد إلا بأذن المولى ، ويملك
لإجبارهم على النكاح ، وإذا تزوج العبد بأذن

ونظيره العبد الجاني إذا جنى جنابة يدفع بها ، فإن لم يدفع حتى جنى أخرى وأخرى دفع
بالكل . قال (فلذا أوفأها مهرها نقلها إلى حيث شاء) لقوله تعالى - أسكنوهن - من حيث
سكنتم - (وقيل لا يسافر بها وعليه الفتوى) لفساد أهل الزمان ، والغريب يؤذى ، وقيل
يسافر بها إلى قرى المصر القريبة لأنها ليست بقرية ، وإذا ضمن المولى المهر صح ضمناه
كغيره من الديون ، وللمرأة أن تطالب أيهما شئت كسائر الكفالات ، وحكمها في الرجوع
كغيرها من الكفالات ؛ ولو ضمن المهر عن ابنة الصغير صح لما قلنا ، ولا يرجع عليه
إذا أدى لأنه صلة عرفا ، فإن مات الأب قبل الأداء فأخذ من تركته رجع بقية الورثة
على الابن من حصته لأنهم أدوا عنه ديناً عليه من مال مشترك . وقال زفر : لا يرجعون
كما إذا كفل عن ابنة الكبير بغير أمره أو عن أجنبي . قلنا الكفالة هنا بأمر المكفول عنه
حكماً لولاية الأب ، فكانت كفالته دليل الأمر من جهته ليرجع ، بخلاف الكبير والأجنبي
لأنه لا ولاية له عليهما ، وبخلاف ما إذا أدى حال حياته لأنه متبرع ، فان العادة جارية
بتبرع الآباء بمهر الأبناء .

فصل

(ولا يجوز نكاح العبد والأمة والمدبر وأم الولد إلا بأذن المولى) وأصله قوله عليه
الصلاة والسلام : « أيما امرأة تزوجت بغير إذن مولاها فهي عاهرة » وقوله « أيما عبد تزوج
بغير إذن مولاه فهو عاهر » ولأن النكاح عيب في العبد والمدبر لتعلق النفقة بكسبهما والمهر
برقبتهما ، فلا يملك غير المولى ذلك دفعا للضرر عنه ، ولأن منافع البضع للمولى فلا يملكها
غيره بغير أمره (ويملك إجبارهم على النكاح) صيانة للملكة وتحصينا له عن الزنا الذي هو
سبب هلاكهم أو نقصانهم ، وهذا المعنى يشمل العبد والأمة ؛ وليس للمولى أن يزوج
المكاتب والمكاتب بغير رضاها لخروجها عن يده على ما نبينه في المكاتب ، ولا يجوز
نكاحهما إلا بأذن المولى للرق الثابت فيهما بالحديث ، ويملك المكاتب تزويج أمته لأنه من
الاكتساب ، ولا يملك تزويج العبد لأنه خسران لا اكتساب ، ولو زوج أمته من عبده
بغير مهر جاز ولا مهر لها ؛ وقيل يجب حقاً للشرع ثم يسقط . قال (وإذا تزوج العبد بأذن

مَوْلَاهُ فَالْمَهْرُ دَيْنٌ فِي رَقَبَتِهِ يُبَاعُ فِيهِ وَالْمَدْبَرُ يَسْعَى ، وَإِذَا أُعْثِقَتِ الْأَمَةُ
أَوْ الْمَكْتُبَةُ وَلَهَا زَوْجٌ حُرٌّ أَوْ عَبْدٌ فَلَهَا الْخِيَارُ وَمَنْ زَوَّجَ أَمَتَهُ فَلَيْسَ عَلَيْهِ
أَنْ يُبَوِّبَهَا بَيْتَ الزَّوْجِ لِكُنْهَا تَحْدُمُ الْمَوْلَى ، وَيُقَالُ لَهُ : مَتَى ظَفَرْتَ بِهَا
وَطَيْبَتْهَا ، وَإِنْ تَزَوَّجَ عَبْدٌ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ فَقَالَ لَهُ الْمَوْلَى طَلَقْتُهَا فَلَيْسَ
بِاجَازَةٍ ، وَلَوْ قَالَ طَلَقْتُهَا تَطْلِيقَةً رَجْعِيَّةً فَهِيَ إِجَازَةٌ ؛

مولاه فالمر دین فی رقبته بیاع فیہ) لأنه دین وجب فی رقبته بفعله وقد ظهر فی حق المولی
حيث وقع یأذنه فیعتلق برقبته دفعا للضرر عن المرأة ، كما فی دیون المأذون للجارحة
(والمدبر یسعی) لأنه لا یجوز بیعه فیودی من کسبه وكذلك ولد أم الولد من غیر سیدها
قال (وإذا أعثقت الأمة أو المكاتبه ولها زوج حرّ أو عبد فلها الخيار) لقوله علیه الصلاة
والسلام لمبریره حین أعثقت « ملکت بضعتک فاختاری » فجعل العلة المثبتة للخيار معنی فیها
وهو ملک البضع فیترتب علیه ، ویستوی فیہ الحرّ والعبد لعموم العلة ، علی أنه روى أن
زوجها کان حرّاً ، وهی راجحة علی رواية أنه کان عبداً لأن الأصل الحرّیة ، ولأنه ازداد
الملک علیها فی الفصلین فیثبت لها الخيار فیما دفعا للضرر عنها . قال (ومن زوّج أمته فلیس
علیه أن یبویبها بیت الزوج لکنها تخدم المولی ، ویقال له متى ظفرت بها وطئتها) لأن حق
المولی فی الخلیعة باقٍ والتبویة إبطال له فلا یلزمه ذلك ؛ ولو شرط فی العقد أن لا یتخدما
بطل الشرط ، فان یوأها بیتا معه فله أن یتخدما وتبطل التبویة ، لأن الموجب للخدمة
الملک وهو باقٍ فلا تبطله التبویة . قال (وإن تزوّج عبد بغير إذن مولاه فقال له المولی
طلقها فلیس باجازه) لأنه یحتمل الرد وهو الظاهر هنا حیث تزوّج بغير أمره وافئات
علیه ، وردّ هذا العقد یسمى طلاقاً فیحمل علیه ، وكذلك لو قال فارقتها وبلى أولى (ولو قال
طلقها تطلیقة رجعية فهو إجازة) لأن الطلاق الرجعی إنما یكون فی النکاح الصحیح النافذ ؛
ولو أذن العبد فی النکاح یتنظم الصحیح والفاسد ، وقالوا : هو علی الصحیح خاصة ، لأن
المراد من النکاح الإعفاف وذلك بالدوام علیه ، وأنه فی الصحیح دون الفاسد ، ولأن الاسم
عند الإطلاق یقع علی الصحیح كما فی الیمین . ولأبی حنیفة أن اللفظ یجرى علی إبطاله
كما مرّ فی البیع ، ولئن قال البیع الفاسد یفید بعض التصرفات کالتعق والملک وغیره
قلنا والنکاح الفاسد أیضا یفید بعض التصرفات کالنسب والعدة والمهر ، ومثله الیمین
ممنوعة ، ولئن سلمت فالأیمان مبناهما علی العرف ، وثمرة الاختلاف أنه لو تزوّج امرأة
نکاحاً فاسداً انتهى الأمر عنده فلیس له أن یتزوّج أخرى . وعندهما له أن یتزوّج غیرها
نکاحاً صحیحاً ، لأن الأول لم یدخل تحت الأمر فیبقى الأمر ، ولیس له أن یتزوّج إلا امرأة

وَالْإِذْنُ فِي الْعَزْلِ لِمَوْلَى الْأُمَةِ (سم) ، وَإِذَا تَزَوَّجَ عَبْدٌ أَوْ أُمَةٌ يَبْغِيهِ إِذْنُ
المولى ثم أعتقنا نفدَ النكاح ولا خيار للأمة .

فصل

تَزَوَّجَ ذِمِّيٌّ ذِمِّيَّةً عَلَى أَنْ لَا مَهْرَ لَهَا أَوْ عَلَى مَيْتَةٍ ، وَذَلِكَ عِنْدَهُمْ جَائِزٌ
جَازٌ وَلَا مَهْرَ لَهَا (سم) ، وَإِنْ تَزَوَّجَهَا يَبْغِيهِ شُهُودٌ أَوْ فِي عِدَّةٍ (سم) كَافِرٍ آخَرَ
جَازٌ إِنْ دَانُوهُ ، وَلَوْ أَسْلَمَا أَهْرًا عَظِيمًا ،

واحدة لأن الأمر لا يقتضى التكرار إلا أن يقول له تزوج ما شئت فيجوز له أن يتزوج
ثنتين . قال (والإذن في العزل لمولى الأمة) وقالوا : إليها لأن الوطء حقها والعزل تنقيص له
فيشترط رضاها . ولأبي حنيفة أن العزل يخلّ بحدّ المولى وهو حصول الولد الذى هو
ملكه فيشترط رضاها ، بخلاف الحرية لأن الولد والوطء حقها . قال (وإذا تزوج عبد
أو أمة بغير إذن المولى ثم أعتقا نفدَ النكاح) لأنهما من أهل العبارة والتوقف لحقّ المولى
وقد زال (ولا خيار للأمة) لأنه إنما نفذ بعد العتق فصار كأنها تزوجت بعد العتق ،
ولو تزوجت ودخل بها الزوج ثم أعتقها المولى جاز النكاح لما بينا والمهر للمولى لأنه
استوفى منفعة مملوكة للمولى ، والقياس أن يجب مهر آخر ، إلا أنا استجسنا وقلنا يجب
مهر واحد ، لأن الجواز استند إلى أصل العقد ، ولو أعتقها ثم دخل بها فالمهر لها لأنه
استوفى منفعة مملوكة لها .

فصل

(تزوج ذمّيّ ذمّيّة على أن لا مهر لها أو على ميتة ، وذلك عندهم جائز ولا مهر لها)
وقالوا : لها مهر مثلها إن مات عنها أو دخل بها ، وإن طلقها قبل الدخول فلها المنعة لأنهم
الترموا أحكامنا في المعاملات فصار كالربا ، وله قوله عليه الصلاة والسلام « أتركوهم
وما يدينون » وما التزموا أحكامنا فيما يعتقدون خلافا ، وعقد النكاح منع إلزامهم بالسيف ،
والحجة بخلاف الربا لأنه مستثنى من عقدهم ، قال عليه الصلاة والسلام « إلا من أربى فليس
بيننا وبينه عهد » وكذلك الزنا فإنه محرم في جميع الأدیان (وإن تزوجها بغير شهود أو في عدة
كافر آخر جاز إن دانوه ، ولو أسلما أقرّا عليه) وقالوا : إذا تزوجها في العدة فهو فاسد ،
فإن أسلما أو أحدهما أو ترافعا إلينا فرّق بينهما ، لأن نكاح المعتدة حرام بالإجماع ، وحرمة
النكاح بغير شهود تختلف فيه ، وهم التزموا أحكامنا ولم يلتزموها بجميع الاختلافات . واه
أنهم غير مخاطبين بفروع الشريعة فلا تثبت الحرمة حقا للشرع ولا للمطلق لأنه لا يستقدها ،

وَلَوْ تَزَوَّجْتَهَا عَلَى خَيْرٍ أَوْ خَيْرٍ ثُمَّ أَسْلَمْنَا أَوْ أَحَدُهُمَا فَلَهَا ذَلِكَ (م) إِنْ كَانَ عَيْنَيْنِ ، وَإِلَّا فَقِيْمَةُ الْخَمْرِ وَمَهْرُ الْمُثَلِّ فِي الْخَيْرِ ، وَإِذَا أَسْلَمَ الْمَجُوسِيُّ غُرْقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَنْ تَزَوَّجَ مِنْ مَحَارِمِهِ ، وَلَا يَحُوزُ نِكَاحَ الْمُرْتَدَّةِ وَالْمُرْتَدَّةِ ، وَالْوَلَدُ يَنْتَسِبُ خَيْرَ الْأَبَوَيْنِ دِينًا ، وَالْكِتَابِيُّ خَيْرٌ مِنَ الْمَجُوسِيِّ ،

بخلاف العدة من المسلم لأنه يعتقد ، وحالة المرافعة أو الإسلام حالة البقاء ، والعدة لاتنافيا كالوطوءة بشبهة ، وكذا الشهادة ليست شرطا حالة البقاء قال . (ولو تزوجها على خير أو خَيْرٍ ثُمَّ أَسْلَمْنَا أَوْ أَحَدُهُمَا فَلَهَا ذَلِكَ إِنْ كَانَ عَيْنَيْنِ ، وَإِلَّا فَقِيْمَةُ الْخَمْرِ وَمَهْرُ الْمُثَلِّ فِي الْخَيْرِ) وقال أبو يوسف : لها مهر المثل في الحالين . وقال محمد : القيمة فيهما . لها أن الملك يتأكد بالقبض فأشبهه العقد ، والإسلام مانع منه فصارا كما إذا كانا دينين . وإذا امتنع القبض قال أبو يوسف : لو كانا مسلمين عند العقد يجب مهر المثل ، فكذا عند القبض . وقال محمد : صحت التسمية وعجز عن التسليم بالإسلام فجب القيمة كما إذا كان عبدا فهلك قبل القبض . ولأبي حنيفة أن الملك تم بنفس العقد في العين حتى جاز لها التصرف فيه ، وبالقبض ينتقل إلى ضمانها من ضمانه ، والإسلام غير مانع من ذلك كاسترداد الخمر المغصوب ، وخمر المكاتب الذي إذا هب ، والمأذون إذا حجر عليه ، وفي غير ثلعتين إنما يملكه بالقبض ، والإسلام مانع منه ؛ وإذا امتنع القبض فالخمر من ذوات الأمثال والخير من ذوات القيم ، فتكون القيمة مقامه فلا يجب ، فتعين مهر المثل ويجب القيمة في الخمر لأنها تقوم مقامها . قال (وإذا أسلم المجوسي فرق بينه وبين من تزوج من محارمه) أما عندهما فظاهر ، وأما عند أبي حنيفة فلأن المحرمة إذا طرأت على النكاح الصحيح بطله ، ولأنها تنافي بقاء النكاح ولا كذلك العدة على ما بينا ، ويفرق بينهما بإسلام أحدهما بالإجماع ، ولا يفرق بمرافعة أحدهما عند أبي حنيفة خلافا لما لقوله تعالى - فإِنْ جَاءَكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ - ولأن مرافعة أحدهما لا يبطل حق صاحبه لأنه لا يعتد به . يخلاف ما إذا اتفقا حيث يفرق بينهم لما تلونا ، ولأنهما رضيا بحكمتنا فيلزمهما . قال . (ولا يجوز نكاح المرتدة والمرتدة) بإجماع الصحابة ، ولأنه لا فائدة فيه لأن المقصود من شرع النكاح مصالحه ، ولا توجد لأن المرتدة تقتل والمرتدة تحبس ، أو نقول لأملة لها لأنها مخرجا عن الإسلام ، ولا يقرآن على ما انتقلا إليه ، ويجوز نكاح النصراني المجوسية واليهودية ، واليهودية النصرانية والمجوسية اليهودية والنصرانية ، لأن الكفر كله حلة واحدة ، كلما روى عن عمر رضي الله عنه ، ولا كفاه بين أهل الكفر . قال (والولد ينتسب خير الأبوين دينا) نظرا له حتى لو كان أحدهما مسلما كان مسلما ، ولو أسلم أحدهما ولمها ولد صغير صار مسلما (والكتابي خير من المجوسي) حتى يجوز أكل ذبيحة الكتابي

وَإِذَا أَسْلَمَتِ امْرَأَةُ الْكَافِرِ عُرِضَ عَلَيْهِ الْإِسْلَامُ ، فَإِنْ أَسْلَمَ قَعِيَ امْرَأَتُهُ ،
وإِلَّا فُرِقَ بَيْنَهُمَا ، وَتَكُونُ الْفُرْقَةُ طَلَا (م) ؛ وَإِنْ أَسْلَمَ زَوْجُ الْمَجُوسِيَّةِ
فَإِنْ أَسْلَمَتِ وَإِلَّا فُرِقَ بَيْنَهُمَا بِغَيْرِ طَلَا ؛ وَإِنْ كَانَ الْإِسْلَامُ فِي دَارِ الْحَرْبِ
تَتَوَقَّفُ الْبَيْتُونَةُ فِي الْمُسْلِمَتَيْنِ عَلَى ثَلَاثِ حَيْضٍ قَبْلَ إِسْلَامِ الْآخَرِ ،
وَإِذَا خَرَجَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ إِلَيْنَا مُسْلِمًا وَقَعَتِ الْبَيْتُونَةُ بَيْنَهُمَا ، وَكَذَا إِنْ
سَيَّ أَحَدُهُمَا ، وَكَتَبَ سُبْيَا مَعَ كَمْ تَقَعُ ؛

ومنا كحته دون المجوسى . قال (وإذا أسلمت امرأة الكافر عرض عليه الإسلام) تحصيلها
لمصالح النكاح بالإسلام ، لأنها قد فانت باسلامها (فإن أسلم فهي امرأته) كما إذا أسلما معا
(وإلا فرق بينهما) لأن الإسلام لا يصلح أن يكون سببا للفرقة لما أنه طاعة وعبادة ،
فيجعل إياؤه سببا لغوات مصالح النكاح عقوبة (وتكون الفرقة طلاقا) وقال أبو يوسف :
لا تكون طلاقا لأنه سبب يشترك فيه الزوجان فلا يكون طلاقا ، كما إذا ملكها أو ملكته .
ولهما أن الزوج ترك الإسك بالمرعوف مع القدرة عليه فينوب عنه القاضي في التسريح
بالإحسان فيكون قوله كقول الزوج فيكون طلاقا كما في الحب والعنة . قال (وإن أسلم
زوج المجوسية ، فإن أسلمت وإلا فرق بينهما بغير طلاق) والفرق أن المرأة ليست من أهل
الطلاق فلا ينتقل قول القاضي إليها ، ثم إن كان قبل الدخول فلا مهر لها ، لأن الفرقة
جاءت من قبلها ، وإن كان قد دخل بها فلها المهر لأنه يؤكد بالدخول (وإن كان الإسلام
في دار الحرب تتوقف البيوتنة في المسلتين على ثلاث حيض قبل إسلام الآخر) لأنه لا بد
من الفرقة بينهما ، ولا قدرة على العرض في دار الحرب فجعلنا ثلاث حيض وهو شرط
الفرقة مقام السبب وهو العرض كحافر البئر وغيره ، ثم إذا بانت بثلاث حيض ذكر
في السير الكبير أنه طلاق عندهما . وروى أنه فرقة بغير طلاق كأبي يوسف ؛ ولو أسلم
الآخر قبل مضي ثلاث حيض لم تبين منه ؛ وإن أسلم زوج الكتانية فلا عرض ولا فرقة
لأنه يجوز له نكاحها ابتداء ، فلأن يبقى أولى ، ولو أسلم أحد الزوجين وهما صبيان عاقلان
عرض الإسلام على الآخر ، لأن الصبي يخاطب بالإسلام حقا للعباد حتى إنه يؤخذ بمقوق
العباد ، فإن أبى فرق بينهما استحسانا لإفاء الحق صاحبه ودفعنا للضرر عنه . قال (وإذا
خرج أحد الزوجين إلينا مسلما وقعت البيوتنة بينهما ، وكذا إن سبي أحدهما ، ولو سبيا
معالم تقع) فسبب البيوتنة هو التباين دون السبي ، لأن مصالح النكاح لا تحصل مع التباين
حقيقة وحكما ، لأن مصالحه إنما تحصل بالاجتماع ، والتباين مانع منه . أما السبي فانه
يقتضى ملك الرقبة وذلك لا ينافي النكاح ابتداء فكذلك بقاء . وأما المستأنف فقصده الرجوع

وَإِذَا خَرَجَتِ الْمَرْأَةُ إِلَيْنَا مُهَاجِرَةً لَاعِدَةً (م) عَلَيْهَا ، وَإِذَا ارْتَدَّ أَحَدُ
الزَّوْجَيْنِ وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بِغَيْرِ طَلَاقٍ (م) ؛ ثُمَّ إِنْ كَانَ الْمُرْتَدُّ الزَّوْجَةَ بَعْدَ
الدُّخُولِ فَلَهَا الْمَهْرُ وَقَبْلَهُ لَأَشْيَاءُ لَهَا وَلَا نَفَقَةٌ ، وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ فَالْكُلُّ
بَعْدَهُ وَالنِّصْفُ قَبْلَهُ ؛ وَإِنْ ارْتَدَّ مَعَ ثَمٍّ أَسْلَمَا مَعَ فَهُمَا عَلَى نِكَاحِهِمَا ..

فلم يوجد تباين الدارين حكما . قال (وإذا خرجت المرأة إلينا مهاجرة لاعدة عليها) وقال ::
عليها العدة لأنها من أحكام الإسلام والفرقة حصلت في دار الإسلام . وله قوله تعالى - ولا
تمسكوا بهم الكوافر - نزلت في هذه القضية نقلا عن بعض المفسرين ، ولأنها وجبت
إظهارا لخطر النكاح ، ولا خطر لنكاح الحرى ، ولهذا قلنا لاعدة على المسيية . قال (وإذا
ارتد أحد الزوجين وقعت الفرقة بغير طلاق) وقال محمد : إن كان المرتد الزوج فهي
طلاق لما مر في الإباء ، وأبويوسف مر على أصله أيضا . والفرق لأي حنيئة أن الردة
تنافي المحلية كالحرمة والطلاق رافع فتعذر أن تكون الفرقة طلاقا ، ولهذا لا يحتاج في الفرقة
هنا إلى القضاء ، أما الإباء لا ينافي المحلية والنكاح ، ولهذا تتوقف الفرقة على القضاء ، وإنما
بالإباء امتنع عن التسريح بالإحسان فتاب القاضي منابه على ما بينا (ثم إن كان المرتد
الزوجة بعد الدخول فلها المهر وقبلة لأشياء لها ولا نفقة) وقد مر (وإن كان الزوج فالكل
بعده والنصف قبله) وذكر في الفتاوى لو ارتدت المرأة قبل لا يفسد النكاح زجرا لها ،
والصحيح أنه يفسد ويجبر على تجديد النكاح زجرا لها أيضا (وإن ارتد مَعَ ثَمٍّ أَسْلَمَا مَعَ
فَهُمَا عَلَى نِكَاحِهِمَا) لأن بي حنيئة ارتدوا في زمن أبي بكر رضى الله عنه ثم أسلموا ،
فأقرهم على أنكحتهم ولم يأمرهم بتجديد الأنكحة ، وذلك بحضور من الصحابة رضى الله
عنهم من غير نكير من أحدهم فكان إجماعا ، فإن أسلم أحدهما بعد الردة فسد النكاح
كما في الابتداء ، ولوقبلها ابن زوجها أووطئها حرمت على أبيه لما تقدم وسقط مهرها
إذا كان قبل الدخول إن كانت مطلوعة لأن الفرقة جاءت من قبلها ، فقد امتنع عن
تسليم المبدل فتمنع البدل كما في البيع ، وإن كانت مكروهة لا يسقط ، وفي الصغيرة لا يسقط
في الوجهين جميعا وإن كان يجمع مثلها ، لأنه لا اعتبار بفعلها حتى لا يتعلق به شيء من .
الأحكام فلا يجب عليها حد ولا تعزير ولا غسل ولا مأثم لعدم الخطأ فكذا هذا ؛
وإن ارتدت الصغيرة سقط مهرها لأنه إذا حكم بردتها بطلت محلية النكاح فصارت
كالكبيرة ، إذ الكلام في التي تعقل الإسلام والردة على ما يأتيك .

وَإِذَا كَانَ بِأَحَدِ الزَّوْجَيْنِ عَيْبٌ فَلَا خِيَارَ لِلْآخَرِ (م) إِلَّا فِي الْحَبِّ وَالْعَنَةِ وَالْخِصْيِ .

فصل

(وإذا كان بأحد الزوجين عيب فلا خيار للآخر إلا في الحب والعنة والخصي)
أما عيوب المرأة فيإجماع أصحابنا ، لأن المستحق هو المتمكين وإنه موجود ، والاستيفاء من الثمرات واختلاله بالعيوب لا يوجب الفسخ ، لأن القوات بالموت لا يوجب بهذا أولى . وأما عيوب الرجل وهي الجنون والجدام والبرص فكل ذلك . وقال محمد : لها الخيار لأنه لا ينظم بينهما المصالح فيثبت لها الخيار دفعا للضرر عنها بخلاف الزوج لأنه يقدر على دفعه بالطلاق وصار كالجب والعنة . ولها أن الخيار يبطل حق الزوج فلا يثبت ، وإنما ثبت في الحب والعنة لإخلالهما بالمقصود من النكاح ، والعيوب لا تخل به . والعين الذي لا يصل إلى النساء ، أو يصل إلى الثيب دون الأبيكار ، أو يصل إلى غير زوجته ولا يصل إليها ، وتكون العنة لمرض أو ضعف أو كبر سن ، أو من أخذ بسحر ؛ فإذا كان الزوج عينا وخاصته المرأة في ذلك أجله القاضى ستة فإن وصل إليها وإلا فرق بينهما إن طلبت المرأة ذلك ، لأن لها حقا في الوطء فلها المطالبة به ، ويجوز أن يكون ذلك لمرض ، ويشتمل أن يكون لآفة أصلية فجعلت السنة معرفة لذلك لاشتغالها على الفصول الأربعة ؛ فإن كان المرض من برودة أزاله حر الصيف ، وإن كان من رطوبة أزاله بيس الخريف ، وإن كان من حرارة أزاله برد الشتاء ، وإن كان من بيس أزاله رطوبة الربيع على ما عليه العادة ، وروى ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود رضى الله عنهم ، فإذا مضت السنة ولم يصل إليها علم أنه لآفة أصلية فتخير ، فإن اختارت نفسها قال أبو يوسف ومحمد : بانت ، وهو ظاهر الرواية . وروى الحسن عن أنى حنيفة لاثنين إلا بتفريق القاضى ، وهو المشهور من مذهبه . لها أن الشرع خيرها عند تمام الحول دفعا للضرر عنها فلا يحتاج إلى تفريق القاضى كما إذا خيرها الزوج . وله أن النكاح عقد لازم وملك الزوج فيه معصوم فلا يزول إلا بإذنه دفعا للضرر عنه ، لكن لما وجب عليه الإمساك بالمعروف أو التيسير بالإحسان وقد عجز عن الأول بالعنة ولا يمكن القاضى النيابة فيه فوجب عليه التيسير بالإحسان . فإذا امتنع عنه نائب القاضى منابه ، لأنه نصب لدفع الظلم فلا تبين بدون تفريق القاضى . فإذا فرق يصير كأنه طلقها بنفسه فتكون تطليقة بائنة ليحصل مقصودها وهو دفع الظلم عنها بملكها نفسها ، ويشترط طابها لأن الفرقة حقها ، والمراد السنة القمرية لأنها المراد عند الإطلاق . وروى ابن سماعة عن محمد أنها سنة شمسية وتعتبر بالأيام ، وتزيد على القمرية أحد عشر يوما ، ويحسب منها أيام الحيض وشهر رمضان ، لأن السنة لا تخلو

فصل

وَعَلَى الرَّجُلِ أَنْ يَعْدَلَ بَيْنَ نِسَائِهِ فِي الْبَيْتُوتَةِ ، وَالْبِكْرِ وَالْثَيِّبِ وَالْجَدِيدَةِ
وَالْعَتِيقَةِ وَالْمُسْلِمَةِ وَالْكَتَابِيَّةِ سَوَاءً ،

عن ذلك ، ويحسب مرضه ومرضها إن كان نصف شهر ، وإن كان أكثر عوّضه عنه .
وعن أبي يوسف إن حجت أو هربت أو غابت لم تحتسب تلك المدة من السنة ، وإن حجّ هو
أو هرب أو غاب احتسب عليه من السنة . والتأجيل إنما يكون بعد دعوى المرأة عند القاضي
فإن اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لأنها رضىت بطلاق حقها ، ولو خيرها
القاضي فقامت من مجلسها قبل أن تختار فلا خيار لها كالتخيرة من زوجها ، فإن طلب العنين
أن يؤجله القاضي سنة أخرى لم يؤجله إلا برضاها ، فإن رضىت جاز ولها أن ترجع وتختار
قبل مضي السنة الأخرى ، فإذا فرق القاضي بينهما ثم تزوّجها فلا خيار لها لأنها رضىت
بالعنة ، ولو اختلفا في الوصول إليها ، فإن كانت ثيباً فالقول قوله مع يمينه لأنه منكر حق
التفريق ، ولأن الأصل السلامة والعيب عارض ، فإن حلف بطل حقها ، وإن نكل أجّل
سنة كسائر الحقوق ، وإن كانت بكراً نظرها النساء ، فإن قلن هي بكر أجّل سنة ، وإن
قلن هي ثيب حلف على الوجه الذي بينا . والمحجوب وهو الذي قطع ذكره أصلاً فإنه يفرق
بينهما للحال لأنه لا فائدة في التأجيل ، والخصى كالعين لأن له آلة تتنصب ويحاجم بها
غير أنه لا يجمل ، وهو الذي سلت أثنياه ، وإذا أجّل سنة وادّعى الوصول إليها وأنكرت
فالحكم كما إذا اختلفا قبل التأجيل ، وإذا كان زوج الأمة عتيقاً فالتخيار للمولى كالعزل عند
أبي حنيفة ، وإذا كانت المرأة رتقاء فلا ولاية لها في الطلب ، إذ لاحق لها في الوطء ،
ولو وطئها الزوج مرة واحدة ثم عن أو جبّ فلا طلب لها ولا خيار .

فصل

(وعلى الرجل أن يعدل بين نسائه في البيتوتة) لقوله عليه الصلاة والسلام : من كان له
امرأتان فال إلى إحداها جاء يوم القيامة وأحد شقيه مائل (والبكر والثيب والجديدة
والعتيقة والمسلمة والكتابية سواء) لإطلاق ما روينا ، ولأن ذلك من حقوق النكاح ولا
تفاوت بينهما فيها ، ولا يجب عليه التساوى بينهما في الوطء والحبة . أما الوطء فلأنه ينبغي
على النشاط ، وأما الحبة فلأنها فعل القلب . وقد روى أنه عليه الصلاة والسلام كان يعدل
بين نسائه ويقول « اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا توأخني فيما لا أملك » يعني زيادة الحبة
لبعضهن . ثم إن شاء جعل الدور بينهما يوماً أو يومين أو أكثر ، وله الخيار في ذلك

وَالْحُرَّةُ ضَعْفُ الْأُمَةِ ؛ وَمَنْ وَهَبَتْ نَصِيْبَهَا لِصَاحِبَتِهَا جَازَ وَلَهَا الرُّجُوعُ فِي ذَلِكَ ، وَيُسَافِرُ بِمَنْ شَاءَ ، وَالْقِرْعَةُ أَوَّلَى .

كتاب الرضاع

وَحُكْمُ الرِّضَاعِ يَثْبُتُ بِقَلِيلِهِ (ف) وَكَثِيرِهِ .

لأن المستحق عليه التسوية ، وقد وجدت . قال (وللحرّة ضعف الأمة) لما عرف أن الرقّ منصف كما في العدة وغيرها (ومن وهبت ناصيتها لصاحبها جاز) لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لسوده بنت زمعة « اعتدّي » فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يراجعها وتجعل يومها لعائشة وأن تحشر مع نسائه يوم القيامة ففعل ؛ ولأنه حقها وقد أبطلته برضاها (ولما الرجوع في ذلك) لأنها وهبت حقاً لم يجب بعد ؛ وإن أقام عند الواحدة أياماً بإذن الأخرى جاز من غير مساواة ، لأن النبي عليه الصلاة والسلام لما مرض استأذن نسائه أن يكون في بيت عائشة فأذن له ، فكان في بيتها حتى قبض عليه الصلاة والسلام . وفيه دليل على أن القسم يجب على الرجل وإن كان مريضاً ، ويؤمر الصائم بالتيار والقائم بالليل أن يبيت معها إذا طلبت . وعن أبي حنيفة يعمل لها يوماً من أربعة أيام ، وليس هذا بواجب لأنه يؤدي إلى فوات النوافل أصلاً على من له أربع من النساء ، ولكن يؤمر بإفناء حقها من نفسه أحياناً ويصوم ويصلي ما أمكنه ؛ ولو أعطت زوجها مالا أو حطته ليزيد في قسمها لم يميز وترجع بما أعطته ، وكذا لو زادها الزوج في مهرها لتجعل يومها لغيرها ، والوجه فيه ما بينا . قال (ويسافر بمن شاء والقرعة أولى) لأنه لاحق لمن حال السفر حتى كان له أن لا يسافر بواحدة منهن أصلاً ويقرع بينهن تطليقاً لقلوبهن ، وقد ورد ذلك عنه عليه الصلاة والسلام ؛ ومن سافر بها ليس عليه قضاء حتى الباقيات لأنه كان متبرعاً لاموفيا حقاً ، وإن ظلم بعضهن يوعظ ، فإن لم ينته يوجع عقوبة زجراً له عن الظلم .

كتاب الرضاع

وهو واجب لإحياء للولد لقوله تعالى - والوالدات يرضعن أولادهن - أي ليرضعن (وحكم الرضاع يثبت بقليله وكثيره) لقوله سبحانه - وأمهاتكم اللائي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة - مطلقاً ، وقال عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، من غير فصل ، وقال عليه الصلاة والسلام « الرضاع ما ينبت اللحم وينشتر العظم » وإنه يحصل بالقليل ، لأن اللبن متى وصل إلى جوف الصبي أنبت اللحم وأنشتر العظم .

إذا وُجدَ في مُدَّتِهِ وَهِيَ ثَلَاثُونَ (سم) شَهْرًا ؛ وَيَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ
مِنَ النَّسَبِ إِلَّا أُخْتُ ابْنِهِ وَأُمُّ أُخْتِهِ ؛ وَإِذَا أَرْضَعَتِ الْمَرْأَةُ صَبِيَّةً حَرُمَتْ
عَلَى زَوْجِهَا وَأَبْنَائِهِ وَأَبْنَائِهِ ،

قال (إذا وجد في مدته وهي ثلاثون شهرا) وقالوا : سنتان لقوله تعالى - والوالدات يرضعن
أولادهنّ - حولين كاملين لمن أراد أن يتمّ الرضاعة - وقال تعالى - وحمله وفصاله ثلاثون
شهرا - وأدنى مدة الحمل ستة أشهر فبقى للفصال سنتان . ولأبي حنيفة الآية الثانية ، والتسك
بها أن الله تعالى ذكر الحمل والفصال وضرب لهما مدة ثلاثين شهرا فتكون مدة لكل واحد
منهما ، كما إذا باعه عبدا وأمة إلى شهر ، فإن الشهر يكون أجلا لكل واحد منهما ،
وكذا لو باعه شيئا وأجره شيئا آخر صفقة واحدة إلى مدة معلومة كانت
المدة أجلا لكل واحد منهما ، فعلم أن الآية تقتضي أن يكون الثلاثون شهرا أجلا
لكل واحد من الحمل والفصال ، خرج الحمل عن ذلك فبقى الفصال على مقتضاه ، والآية
الأولى محمولة على مدة الاستحقاق حتى لا يكون للأُم المبتوتة المطالبة بأجرة الرضاع بعد
الحولين فعملنا بالآية الأولى في نفي الوجوب الأجرة بعد الحولين ، وبالثانية في الحرمة إلى
ثلاثين شهرا أخذنا بالاحتياط فيهما . أو نقول : المراد الحمل على الأكف في الحجر حالة
الإرضاع ، لأن مدة الحمل غير مقدرة بثلاثين شهرا بالإجماع ، فإذا انقضت مدته لا اعتبار
بالرضاع بعده ، لقوله عليه الصلاة والسلام « لا رضاع بعد الفصال » والمراد حكمه وهل
يباح الإرضاع بعد المدة ؟ فيه خلاف ، والمحرم من الإرضاع ما وقع في المدة ، سواء قطع
أو لم يقطع . وقال الخصاص وهو رواية عن أبي حنيفة : إن استغنى بالطعام عن اللبن ثم
رضع في المدة لا تثبت الحرمة ، وإن لم يستغن تثبت . قال (ويحرم من الرضاع ما يحرم
من النسب) لما زوينا (إلا أخت ابنه وأُمُّ أخته) فلأنها تحرم من النسب دون الرضاع ،
لأن في النسب لما وطئ أم ابنه فقد حرمت عليه بنتها ، وأم أخته موطوءة أبيه ولم يوجد
ذلك في الرضاع . قال (وإذا أرضعت المرأة صبية حرمت على زوجها وأبائه وأبنائه)
فتكون المرضعة أم الرضيع وأولادها إخوته وأخواته من تقدم ومن تأخر ، فلا يجوز أن
يتزوج شيئا من ولدها وولد ولدها وإن سفلوا وآبؤها أجداده وأمهاتها جداته من قبل
الأم وإخوتها وأخواتها أخواله وخالاته ، ويكون زوجها الذي نزل منه اللبن أب المرضعة
وأولاده إخوتها وآبؤها وأمهاتها أجدادها وجداتها من قبل الأب وإخوته وأخواته أعمامها
وعماتها لأجل مناكحة أحد منهن كما في النسب ، قال عليه الصلاة والسلام لعائشة « ليلج
عليك أفلق فإنه علك من الرضاعة » ولو ولدت من رجل وأرضعت ثم يمس اللبن ثم در
أرضعت به صبيا يجوز لذلك الصبي أن يتزوج بنت الزوج من غيرها ، وكذا لو لم تلد

وَإِذَا رَضَعَ صَبِيَّانِ مِنْ ثَدْيِ امْرَأَةٍ فَهُمَا أَخَوَانِ ، وَإِنْ اجْتَمَعَا عَلَى ثَدْيِ شَاةٍ فَلَا رَضَاعَ بَيْنَهُمَا ؛ وَإِذَا اخْتَلَطَ اللَّبَنُ بِخِلَافِ جَنْسِهِ كَالْمَاءِ وَالْدُهْنِ وَالتَّبْيِذِ وَالِدَّوَاءِ وَكَبِنِ الْبَهَائِمِ فَالْحُكْمُ الْغَالِبُ ، وَكَذَلِكَ إِنْ اخْتَلَطَ بِجَنْسِهِ بَأَنٍ اخْتَلَطَ كَبِنُ امْرَأَتَيْنِ (م ز) ، وَإِنْ اخْتَلَطَ بِالطَّعَامِ فَلَا حُكْمَ لَهُ ، وَإِنْ غَلَبَ (س) ،

منه قط فنزل لها لبن ، وكذا لبن البكر إذا لم تتزوج إذا أرضعت به صبياً حرم عليها لاغير ، ولو أرضعت صبيةً لا يحرم على ولد زوجها من غيرها ، ولا يحل الرضيع أن يتزوج امرأة وطئها زوج المرضعة لأنها منكوحه الأب ، ولا للزوج أن يتزوج امرأة وطئها الرضيع لأنها موطوعة الابن كما في النسب . قال (وإذا رضع صبيان من ثدي امرأة فهما أخوان) لأن أمهما واحدة ، فلو كانا بنتين لايحوز لأحد الجمع بينهما ، وكذا لو كان لرجل زوجتان ولدتا منه ثم أرضعت كل واحدة صغيرة صار الرضيعان أخوين من أب (وإن اجتمعا على لبن شاة فلا رضاع بينهما) لأنه لم تثبت الحرمة بينه وبين الأم لتناقل إلى الأخ إذ هي الأصل لأن الحرمة تثبت في الأم ثم تتعدى . رجل طلق امرأته ولها لبن فتزوجت آخر وحبلت ونزل لها لبن فهو الأول ما لم تلد . وقال أبو يوسف : هو منهما إلا أن يعرف أنه من الثاني وإنه يعرف بالغلظ والرقه . وقال محمد : هو منهما ما لم تضع فإذا وضعت فن الثاني لأنه من الأول ييقن ، واحتمل كونه من الثاني فيجعل منهما احتياطاً للمحرّمات ، وكذلك يقول أبو يوسف إلا إذا عرفنا أنه من الثاني فيجعل منه . وأبو حنيفة يقول : هو من الأول ييقن ، ووقع الشك في كونه من الثاني ، والشك لا يعارض اليقين ، فإذا ولدت يبقنا أنه من الثاني ، ولا اعتبار بالغلظ والرقه ، لأن ذلك يتغير بتغير الأحوال والأغذية . قال (وإذا اختلط اللبن بخلاف جنسه كالماء والدهن والتبّيذ والدواء ولبن البهائم فالحكم للغالب) فإن غلب اللبن تثبت الحرمة ، وإلا فلا (وكذلك إن اختلط بجنسه بأن اختلط لبن امرأتين) وقال محمد وزفر : تثبت الحرمة بهما لأن الشيء لا يصير مسهلماً بجنسه بل يتقوى به ، وكل واحد منهما سبب لإنبات اللحم وإنشاز العظم . ولنا أن منفعة المغلوب لا تظهر في مقابلة الغالب ، فإن قليل الماء إذا وقع في البحر لا يبقى لأجزائه منفعة لكثرة التفرق ، وإذا فأت المنفعة بسبب الغلبة بقي حكم الرضاع للكثير (وإن اختلط بالطعام فلا حكم له وإن غلب) وقالوا : إن غلب تعلق به التحريم ، والخلاف في غير المطبوخ . أما المطبوخ لا تثبت به الحرمة بالإجماع . لهما أن حكم المغلوب لا يظهر في مقابلة الغالب فصار الحكم للبن . وله أن الطعام يسلب قوة اللبن ، ولا يكتفى بالصبي بشره ، والتغذي يحصل بالطعام إذ هو الأصل فكان اللبن تبعاً ، بخلاف الدواء لأنه يقوى اللبن ويزيد في قوته .

وَتَتَعَلَّقُ الْحُرْمَةُ بِكَيْفِ الْمَرْأَةِ بَعْدَ مَوْتِهَا ، وَكَذَلِكَ تَتَعَلَّقُ بِكَيْفِ الْبِكْرِ ، وَلَا تَتَعَلَّقُ بِكَيْفِ الرَّجُلِ وَلَا بِالْإِحْتِقَانِ . وَتَتَعَلَّقُ بِالْإِسْتِغَاثِ وَالْإِيحَارِ ، وَإِذَا أَرْضَعَتْ أُمُّهُ الْكَبِيرَةَ أُمُّهُ الصَّغِيرَةَ حَرُمَتْ عَلَى الزَّوْجِ ، وَلَا مَهْرٌ لِلْكَبِيرَةِ إِنْ كَانَ قَبْلَ الدَّخُولِ ، وَلِلصَّغِيرَةِ نِصْفُ الْمَهْرِ ، وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْكَبِيرَةِ إِنْ كَانَتْ تَعَمَّدَتْ الْفَسَادَ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهَا فِي التَّعَمُّدِ مَعَ يَمِينِهَا .

(وتعلق الحرمة بلبن المرأة بعد موتها) لأنه سبب لإنبات اللحم وإنشاز العظم ، ومعنى الغداء لا يزول بالموت وصار كما إذا حلب منها حال حياتها (وكذلك تعلق بلبن البكر) لما بينا (ولا تعلق بلبن الرجل) لو نزل له لأنه ليس بلبن حقيقة ، لأن اللبن لا يكون إلا ممن يتصور منه الولادة كذا قالوا . قال (ولا بالاحتقان) لأنه لا يصل إلى المعدة فلا يحصل به النشو والنشوز وكذا إذا أظفر في إحليله أو أذنه أو جافة أو أمة لما قلنا . وعن محمد أن الاحتقان ثبت به الحرمة قياسا على فساد الصوم . والفرق أن المفسد في الصوم التغذى أو التداوى وأنه حاصل بالاحتقان . أما الرضاع إنما يثبت بمعنى النشو وأنه معدوم في الاحتقان . قال (وتعلق بالاستعاط والإيجار) لأنه يصل إلى المعدة فيحصل به النشو . امرأة أدخلت حلبة نسيها في فم رضيع ، ولا يدرى أدخل اللبن في أم لا لا يحرم النكاح ، وكذا صبية أرضعها بعض أهل القرية ولا يدرى من هو فتزوجها رجل من أهل تلك القرية يجوز ، لأن إباحة النكاح أصل فلا يزول بالشك ، ويجب على النساء أن لا يرضعن كل صبي من غير ضرورة ، فإن فعلن فليحفظنه أو يكتبنه احتياطا . قال (وإذا أرضعت امرأة الكبيرة أُمُّهُ الصَّغِيرَةَ حَرُمَتْ عَلَى الزَّوْجِ) لأنها صارتا أما وبنات ، الرضاع الطارىء على النكاح كالمقارن في التحريم كحرمة المصاهرة لأنه لبقاء الشيء مع المنافي (ولا مهر للكبيرة إن كان قبل الدخول) لأن القرقة جاءت من قبلها (وللصغيرة نصف المهر) لأن القرقة ليست من قبلها ، ولا اعتبار باختيارها الإرضاع لأنها مجبولة عليه طبعيا (ويرجع به على الكبيرة إن كانت تعمدت الفساد) لأنها مسبية للقرقة ، لأن إلقاء اللقي في فمها سبب لوصول اللبن إلى جوفها ، والتسبب يشترط فيه التعمدى كحافر البئر ، وإن لم تتعمد الفساد فلا شيء عليها وإن علمت أنها زوجته لما بينا أنها مسبية ، والتعمدى يثبت إذا علمت أنها زوجته وقصدت وقوع القرقة بينهما ، ولو لم تعلم بالنكاح فلا شيء عليها ، وكذلك إن علمت بالنكاح لكن قصدت بالإرضاع دفع الجوع والملاك عنها لأنها مأمورة بذلك ، وكذلك لو علمت بالنكاح دون الفساد لا تكون متعمدة (والقول قولها في التعمد مع يمينها) لأنها تنكر الضمان ، ولو أرضعت زوجة الأب امرأة ابنه تحرم عليه لأنها صارت

كتاب الطلاق

وَهُوَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ : أَحْسَنُ ، وَحَسَنٌ ، وَبَدْعِيٌّ : فَأَحْسَنُهُ أَنْ يُطْلَقَهَا وَاحِدَةً فِي طَهْرٍ لَا جِمَاعَ فِيهِ ، وَيَتْرُكُهَا حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا .

أخذه من الأب . تزوج صغيرتين فأرضعهما معا أو متعاقبا حرمتا عليه ، وعليه لكل واحدة نصف المهر لأنها مجبورة على الإرضاع بحكم الطبع ، ويرجع على المرضعة إن تعمدت الفساد على الوجه الذى بينا ، وإن كنَّ ثلاثا فأرضعهن على التعاقب حرمت الأولى ، والثانية دون الثالثة لأنها لما صارت أختا لهما لم يبق الجمع فى النكاح ، وإن أرضعهن معا ، بأن ألفت نديها فى فم اثنتين وكانت حلبت قبل ذلك فأوجرت الثالثة واتفق وصول اللبن إلين معا حرم من جميعا ، وعلى هذا تخرج جميع مسائل هذا الجنس ، والله أعلم

كتاب الطلاق

وهو فى اللغة : إزالة القيد والتخيلة ، تقول : أطلقت إبل وأطلقت أسيرى . وفى الشرع : إزالة النكاح الذى هو قيد معنى ، وهو قضية مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع وضرب من المعقول . أما الكتاب فلقوله تعالى - فطلقوهن لعدتهن - وقوله - الطلاق مرتان - والسنة قوله عليه الصلاة والسلام « كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه والصبي » وقال عليه الصلاة والسلام « أبغض المباحات إلى الله الطلاق » وعلى وقوعه انعقد الإجماع ، ولأن استباحة البضع ملك الزوج على الخصوص ، والمالك الصحيح القول بملك إزالة ملكه كما فى سائر الأملاك ، ولأن مصالح النكاح قد تنقلب مفسد ، والتوافق بين الزوجين قد يصير تنافرا ، فالبقاء على النكاح حينئذ يشتمل على مفسد من التباعد والعداوة والمقت وغير ذلك ، فشرع الطلاق دفعا لهذه المفسد ، متى وقع لغير حاجة فهو مباح مبغوض لأنه قاطع للمصالح ، وإنما أبيحت الواحدة للحاجة وهو الخلاص على ما تقدم ، وفى الحديث « ما خلق الله مباحا أحب إليه من العتاق ، ولا خلق مباحا أبغض إليه من الطلاق » . (وهو على ثلاثة أوجه : أحسن ، وحسن ، وبدعى . فأحسنه أن يطلقها واحدة فى طهر لاجتماع فيه ويتركها حتى تنقضى عدتها) لما روى عن إبراهيم النخعي أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يستحبون أن لا يطلقوا للسنة إلا واحدة ثم لا يطلقوا غيرها حتى تنقضى عدتها . وفى رواية : وكان ذلك أحسن عندهم من أن يطلق الرجل ثلاثا فى ثلاثة أظهار ، ولأنه إذا جامعها لايؤمن الحبل وهو لا يعلم به ، فإذا ظهر ندم فكان ما ذكرناه أبعد من الندم فكان أولى ، وفى التى لا تحيض لصغر أو كبر يطلقها أى وقت شاء لعدم

وَحَسَنَهُ: أَنْ يُطْلَقَهَا ثَلَاثًا فِي ثَلَاثَةِ أَطْهَارٍ وَلَا جَمَاعَ فِيهَا وَالشَّهْرُ لِلْآيَةِ
وَالصَّغِيرَةِ وَالْحَامِلِ كَالْحَيْضَةِ ، وَيُجُوزُ طَلَاقُهَا عَقِيبَ الْجَمَاعِ . وَالْبِدْعَةُ أَنْ
يُطْلَقَهَا ثَلَاثًا أَوْ ثِنْتَيْنِ بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ أَوْ فِي طَهْرٍ لَارْجَعَةٍ فِيهِ ، أَوْ
يُطْلَقَهَا وَهِيَ حَائِضٌ فَيَقَعُ وَيَكُونُ عَاصِيًا ،

ما ذكرنا ، ولأنه أبيع للحاجة على ما تقدم ، والحاجة تندفع بالواحدة (وحسنه) طلاق
السنة ، وهو (أن يطلقها ثلاثا في ثلاثة أطهار لاجماع فيها) لما روى « أن عبد الله بن عمر
رضي الله عنهما طلق امرأته وهي حائض فقال عليه الصلاة والسلام : ما هكذا أمر ربك
يا ابن عمر ، إنما أمرك أن تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل طهر تطليقة » وفي رواية
قال لعمر « أخطأ ابنك السنة مره فليراجعها ، فإن طهرت فإن شاء طلقها طاهرا من غير
جماع أو حاملا قد استبان حملها ، فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء » (والشهر
للآيسة والصغيرة والحامل كالحیضة) لقيامه مقامها في العدة بنص الكتاب (ويجوز
طلاقهن عقيب الجماع) لما تقدم . وأما الحامل فانه زمان الرغبة في الوطء لكونه غير
معلق ، ويطلقها ثلاثا السنة بفصل بين كل تطليقتين بشهر . وقال محمد : لا تطلق للسنة
إلا واحدة ، لأن الشهر إنما قام مقام الحيضة في الصغيرة والآيسة ، والحامل ليست
في معناها لأنها من ذوات الحيض فصارت كالمتد طهرها . ولهما أن الشهر دليل الحاجة
لأنه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الطباع السليمة فصارت في معنى الآيسة ، والإباحة بقدر
الحاجة فصلح الشهر دليلا ، بخلاف المتد طهرها ، لأن دليل تجدد الرغبة الطهر وهو
مرجوع في حقها دون الحامل فافترقا . وطلاق السنة في العدد والوقت على ما بينا ،
والسنة في العدد يستوى فيها المدخول بها وغير المدخول بها والصغيرة والآيسة ، والحامل
والحائض لما بينا أنها شرعت للحاجة والكل فيه سواء ، والسنة في الوقت تختص بالمدخول
بها لأن طهرا لاجماع فيه لا يتصور في غير المدخول بها ، ولأن المحذور هو تطويل العدة
لوقوع في الحيض فإنها لا تحتسب من العدة ، ولا عدة على غير المدخول بها (والبدعة أن
يطلقها ثلاثا أو ثنتين بكلمة واحدة ، أو في طهر لارجعة فيه ، أو يطلقها وهي حائض
فيقع ويكون عاصيا) أما الثلاث والثنيتين فلما بينا أنه خلاف السنة والمشروعية للحاجة
وهي تندفع بالواحدة . وأما حالة الحيض فلقوله عليه الصلاة والسلام في حديث ابن عمر
« قد أخطأ السنة » وأما الوقوع فلقوله عليه الصلاة والسلام لعمر « مر ابنك فليراجعها »
وكان طلقها حالة الحيض ، ولو لا الوقوع لما راجعها . وكذلك روى أن ابن عمر قال
للنبي عليه الصلاة والسلام « أ رأيت لو طلقها ثلاثا أكانت تحل لي ؟ قال لا ويكون
معصية » وروى أن بعض أبناء عبادة بن الصامت طلق امرأته ألفا ، فذكر عبادة ذلك للنبي
عليه الصلاة والسلام ، فقال « بانت بثلاث في معصية ، وتسعمائة وسبع وتسعون فيا لا يملك

وطلاق غير المدخول بها حالة الحيض ليس ببذعي، وإذا طلق امرأته حالة الحيض فعليه أن يراجعها، فإذا طهرت فإن شاء طلقها وإن شاء أمسكها، وإذا قال لامرأته المدخول بها: أنت طالق ثلاثا للسنة وقع عند كل طهر تطليقة، وإن نوى وقوعهن الساعة وقعن (ز)؛ وطلاق الحررة ثلاث، والأمة ثنتان، ولا اعتبار بالرجل في عدد الطلاق؛

ولقوله عليه الصلاة والسلام «كل طلاق واقع» الحديث. وأما كونه عاصيا فلمخالفة السنة وإجماع الصحابة، وقوله: في طهر لارجعة فيه إشارة إلى مذهب أبي حنيفة، وهو أنه لو طلقها في طهر لم يجامعها فيه فراجعها ثم طلقها لا يكره فيه، وهو قول زفر، وعندهما يكره؛ وعلى هذا لو طلقها في الحيض ثم راجعها فطهرت فطلقها؛ وكذا لو مسها بشهوة ثم قال لها: أنت طالق ثلاثا للسنة وقعن للحال عنده، لأن الأولى وقعت فصار مراجعا بالمس؛ بشهوة فوقعت أخرى، ثم صار مراجعا فوقعت الثالثة؛ والشهر الواحد في حق الآيسة والصغيرة على الخلاف. فالخاصل أن الرجعة فاصلة بين الطلاقين عنده، والنكاح فاصل بالإجماع. لما أن بالطلاق في الطهر خرج من أن يكون وقتا لطلاق السنة، ولهذا لو أوقفه قبل الرجعة يكره. وله أن بالرجعة ارتفع حكم الطلاق الأول فصار كأن لم يكن، فإذا ارتفع لا يصير جامعا والكرامة باعتباره، ولأنها عادت إلى الحالة الأولى بسبب من جهته فصار كما لو أبانها في الطهر ثم تزوجها. قال (وطلاق غير المدخول بها حالة الحيض ليس ببذعي) لما مر. قال (وإذا طلق امرأته حالة الحيض فعليه أن يراجعها) لورود الأمر به في حديث ابن عمر رضي الله عنه على ما تقدم، ولما فيه من رفع الفعل الحرام برفع أثره (فإذا طهرت فإن شاء طلقها وإن شاء أمسكها) لحديث ابن عمر رضي الله عنهما. قال (وإذا قال لامرأته المدخول بها: أنت طالق ثلاثا للسنة وقع عند كل طهر تطليقة) لأن معناه لوقت السنة، ووقتها طهر لإجماع فيه لما مر (وإن نوى وقوعهن الساعة وقعن) خلافا لزفر لأن الجمع بدعة فلا يكون سنة. ولنا أنه سني وقوعا لا إيقاعا، لأننا إنما عرفنا وقوع الثلاث جملة بالسنة فكان محتمل كلامه فينتظمه عند التية دون الإطلاق. قال (وطلاق الحررة ثلاث، والأمة ثنتان، ولا اعتبار بالرجل في عدد الطلاق) لقوله تعالى - فطلقوهن لعدتهن - أي لأطهار عدتهن فتكون الطلاقات على عدد الأطهار؛ وأطهار الحررة في العدة ثلاثة والأمة ثنتان، فيكون التطليق كذلك، ولأن الحر لو ملك على الأمة ثلاثا للملك تفريقهن على أوقات السنة ولا يملك بالإجماع، وقال عليه الصلاة والسلام «طلاق الأمة ثنتان، وعدتها حيضتان» وأما قوله عليه الصلاة والسلام «الطلاق بالرجال والعدة بالنساء» فعناه وجود الطلاق أو وقوع الطلاق بالرجال، كما أن العدة

وَيَقَعُ طَلَاقٌ كُلُّ زَوْجٍ عَاقِلٍ بَالِغٍ مُسْتَقِيمٍ. وَطَلَاقُ الْمَكْرَهَةِ (ف) وَاقِعٌ ؛
وَطَلَاقُ السَّكَرَانِ وَاقِعٌ ؛ وَيَقَعُ طَلَاقُ الْأَخْرَسِ بِالْإِشَارَةِ ، وَكَذَلِكَ اللَّاعِبُ
بِالطَّلَاقِ وَالْمَازِلُ بِهِ ؛

بالنساء ؛ وأما قوله عليه الصلاة والسلام « لا يطلق العبد أكثر من اثنتين » ، يعني زوجته.
الأمة توفيقاً بين الأحاديث والدلائل ، أو لأن الغالب أن العبد إنما يتزوج الأمة ، فخرج
مخرج الغالب ، ولأن النكاح نعمة في حقها والرق مؤثر في تنصيف النعم ، فوجب أن يعتبر
برقها ، وقضيته طلقة ونصف ، لكن لما لم تنصف الطلقة كلتا . قال (ويقع طلاق كل
زوج عاقل بالغ مستقيم) لقوله عليه الصلاة والسلام « كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي
والمعتوه » وفي رواية « إلا طلاق الصبي والمجنون » ولا يقع طلاق الصبي والمجنون لما روينا ،
ولأنهما عديما العقل والتمييز والأهلية بهما ؛ ولو طلق الصبي أو التام ثم بلغ أو استيقظ
وقال أجزت ذلك الطلاق لا يقع ، ولو قال : أوقعته وقع (وطلاق المكره واقع) لما روى .
« أن امرأة اعتقلت زوجها وجلست على صدره ومعها شفرة وقالت : لتطلقني ثلاثاً أو
لا تطلقني فناشدها الله أن لا تفعل فأبته فطلقها ثلاثاً ثم ذكر ذلك للنبي عليه الصلاة والسلام
فقال « لا قبلولة في الطلاق » ولأنه قصد الطلاق ولم يرض بالوقوع فصار كالمأزول ، ولأنه
معنى تقع به الفرقة فيستوى فيه الإكراه والطوع كالرضاع ، ثم عندنا كل ما صح فيه
شرط الخيار ، فالإكراه يؤثر فيه كالبيع والإجارة ونحوهما ؛ وما لا يصح فيه الشرط لا يؤثر
فيه كالنكاح والطلاق والعتاق ونحوها . قال (وطلاق السكران واقع) وقال الطحاوي :
لا يقع ، وهو اختيار الكرخي اعتباراً بزوال عقله بالبنج والدواء . ولنا أنه مكلف بدليل
أنه مخاطب بأداء القرائض ، ويلزمه حد القذف والقود بالقتل ، وطلاق المكلف واقع
كغير السكران ، بخلاف المبنج لأنه ليس له حكم التكليف ، ولأن السكران بالخمر والتبذير
زال عقله بسبب هو معصية فيجعل باقياً زجراً حتى لو شرب فصدع رأسه وزال عقله
بالصداع نقول لا يقع ، والغالب فيمن شرب البنج والدواء التداوى لا المعصية ، ولذلك
انتفى التكليف عنهم (ويقع طلاق الأخرس بالإشارة) والمراد إذا كانت إشارته معلومة
وقد عرف في موضعه . قال (وكذلك اللاعب بالطلاق والمأزول به) لقوله عليه الصلاة
والسلام « ثلاث جد هن جد وهن جد » : الطلاق والنكاح والعتاق ، وقال عليه الصلاة
والسلام « من طلق لاعباً جاز ذلك عليه » وعن أبي الدرداء أنه قال : من لعب بطلاق
أو عتاق لزمه ، قال : وفيه نزل - ولا تتخلوا آيات الله هزوا - وكذلك إذا أراد غير
الطلاق فسبق لسانه بالطلاق وقع ، لأنه عدم القصد وهو غير معتبر فيه . وروى هشام
عن محمد عن أبي حنيفة أن من أراد أن يقول لامرأته اسقني الماء فقال أنت طالق وقع ؛
ويعم هذه الفصول كلها قوله عليه الصلاة والسلام « كل طلاق واقع » الحديث

وكذا أضاف الطلاق إلى جملتها أو ما يعبر به عن الجملة كالرقبة والوجه والروح والجسد ، أو إلى جزء شائع منها وقع ، ويصف الطلقة تطليقة ، وكذلك الثلث ، وثلاثة أنصاف تطليقتين ثلاث ، وثلاثة أنصاف تطليقة ثنتان ،

العمل يدين أيضا ، ولو قال أنت طالق من وثاق أو من لهذا القيد لم يقع شيء في القضاء ؛ ولو قال أنت طالق من هذا العمل وقع قضاء لاديانة ، ولو قال أنت طالق ثلاثا من هذا العمل طلقت ثلاثا ، ولا يصدق قضاء أنه لم ينو الطلاق . قال (وإذا أضاف الطلاق إلى جملتها أو ما يعبر به عن الجملة كالرقبة والوجه والروح والجسد ، أو إلى جزء شائع منها وقع) لأنها محل الطلاق ، فإذا قال أنت طالق فقد أضاف الطلاق إلى محله فيصح ، وهذه الأشياء يعبر بها عن جملة البدن قال تعالى - فتحرير رقبة - والمراد الجملة ، ويقال يا وجه العرب ، وقال عليه الصلاة والسلام « لعن الله الفروج على السروج » ويقال : أنا بخير ما سلم أرسلك وما بقيت روحك ويراد الجميع . والجسد عبارة عن الجميع وكذلك العتق . قال تعالى - فظلت أعناقهم - وكذلك الدم يقال دمه هدر ، وهذا على ما ذكر في الكفالة أنه لو تكفل بدمه يصح ، وأشار في كتاب العتق أنه لا يقع لأنه قال : لو قال لعبد دملك حر لا يعتق ، وفي الظهر والبطن روايتان ، وإنما يقع بالإضافة إلى هذه الأعضاء باعتبار أنه يعبر بها عن جميع البدن لا بالإضافة إليها حتى لو قال الرأس منك طالق أو الوجه ، أو وضع يده على الرأس أو العتق وقال هذا المصو طالق لا يقع . وأما الجزء الشائع كالثلاث والربع فلأنه قابل لساائر التصرفات بيعا وإجارة وغيرهما ، ولهذا يصح إضافة النكاح إليه فكذا الطلاق ، لكن لا يتجزى في حكم الطلاق فيثبت في الكل ، ولو أضافه إلى اليد والرجل ونحوهما مما لا يعبر به عن البدن لا يقع كالأصبع والشعر لأنه أضافه إلى غير محله فصار كإضافته إلى الرقب والظهر ، وهذا لأن الطلاق رفع القيد ولا قيد في هذه الأعضاء لأنه لا يصح إضافة النكاح إليها ، بخلاف الجزء الشائع على ما بينا ، ولو تعارف قوم أن اليد يعبر بها عن البدن عرفا ظاهرا يقع الطلاق . قال (ونصف الطلقة تطليقة وكذلك الثلث) فلو قال لها أنت طالق نصف تطليقة أو ثلث تطليقة وقعت تطليقة ، لأن ذكر بعض ما لا يتجزى كذكر كله ، وكذلك كل جزء شائع من التطليقة لما قلنا (وثلاثة أنصاف تطليقتين ثلاث) لأن نصف التطليقتين واحدة فكأنه قال أنت طالق ثلاثا (وثلاثة أنصاف تطليقة ثنتان) لأن ثلاثة أنصاف تطليقة تطليقة ونصف وإنه لا يتجزى فيشكل النصف فيصير تطليقتين ، وقيل ثلاث لأنه يكمل كل نصف فيكون ثلاثا ، ولو قال نصي تطليقة فهي واحدة كنصبي درهم يكون درهما ، ولو قال نصي تطليقتين ثنتان كنصبي درهين ، ولو قال أنت طالق نصف تطليقة وثلث تطليقة وسدس تطليقة يقع ثلاث ؛ ولو قال

وَكُتُو قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ مِنْ وَاحِدَةٍ إِلَى ثَلَاثٍ يَقَعُ ثِنْتَانِ (سم) وَكَلَى ثِنْتَيْنِ تَقَعُ وَاحِدَةً (سم) ، وَكُتُو قَالَ : وَاحِدَةً فِي ثِنْتَيْنِ وَقَعَتْ وَاحِدَةً ، وَثِنْتَيْنِ فِي ثِنْتَيْنِ اثْنَتَانِ وَإِنْ نَوَى الْحِسَابَ ؛ وَكُتُو قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ مِنْ هُنَا إِلَى الشَّامِ فَهِيَ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ ؛ وَكُتُو قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ بِمَكَّةَ أَوْ فِي مَكَّةَ طَلَقْتَ فِي الْحَالِ فِي جَمِيعِ الْبِلَادِ ؛ وَكُتُو قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ غَدًا تَقَعُ بِطُلُوعِ الْفَجْرِ ، وَكُتُو نَوَى آخِرَ النَّهَارِ صَدَقَ دِيَانَةٌ ؛

نصف تطليقة وثلاثا وسدسها تقع واحدة لأنه أضاف الأجزاء إلى تطليقة واحدة ، وفي الأولى أضاف كل جزء إلى تطليقة منكورة ، فاقضى كل جزء تطليقة على حدة ، فإن جاوز المجموع الأجزاء كقوله نصف تطليقة وثلاثا وربعا قيل واحدة ، وقيل ثنتان وهو المختار ، لأن الزيادة على الواحدة من تطليقة أخرى ، فكأنه أوقع واحدة وبعض أخرى فتكامل ، ولو قال لسانه وهن أربع : ينعكس تطليقة تقع على كل واحدة تطليقة ، لأن الواحدة إذا قسمت بينهن أصاب كل واحدة ربعا فتكمل ، وكذلك ثنتان أو ثلاث أو أربع ، لأن الثنتين إذا قسمت بينهن أصاب كل واحدة نصف ، ومن الثلاث ثلاثة أرباع فتكمل ، ومن الأربع كل واحدة واحدة ، ولا يقسم كل واحدة وحدها لأن القسمة في الجنس الذي لا يتفاوت يقع على جملة ، وإنما يقسم الآحاد إذا كان متفاوتا ، فإن نوى قسمة كل واحدة بانفرادها وقع كذلك لأنه شدد على نفسه ؛ ولو قال خمس طلقت كل واحدة ثنتين وكذلك إلى ثمانية ؛ ولو قال تسع تطليقات طلقت كل واحدة ثلاثا لما مر ؛ ولو قال فلانة طالق ثلاثا وفلانة معها ، أو قال أشركت فلانة معها في الطلاق طلقنا ثلاثا ثلاثا ؛ ولو قال لأربع نسوة أنتن طوالق ثلاثا طلقت كل واحدة ثلاثا (ولو قال أنت طالق من واحدة إلى ثلاث يقع ثنتان ، وإلى ثنتين تقع واحدة) وقالوا : يقع في الأولى ثلاث ، وفي الثانية ثنتان وقد مرّت في الإقرار (ولو قال واحدة في ثنتين وقعت واحدة ، وثلثين في ثنتين اثنتان ، وإن نوى الحساب) وقد مرّ في الإقرار أيضا . قال (ولو قال أنت طالق من هنا إلى الشام فهي واحدة رجعية) لأنه لم يزد عليها وصفا بقوله إلى الشام لأنها متى طلقت يقع في جميع الأماكن (ولو قال أنت طالق بمكة أو في مكة طلقت في الحال في جميع البلاد) لما بينا ، وإن عني به إذا أثبت مكة لم يصدق قضاء لأن الإظهار خلاف الظاهر ، ولو قال : في دخولك مكة تعلق الطلاق بالدخول لأنه تعذر الظرفية والشرط قريب من الظرف فيحمل عليه . قال (ولو قال أنت طالق غدا تقع بطولع الفجر) لأنه وصفها بالطالقية في جميع الغد فإزم أن تكون طالقا في جميعه ولا ذلك إلا بوقوعه في أول جزء منه (ولو نوى آخر النهار صدق ديانة) لا قضاء لأنه مخالف للظاهر ، إلا أنه يحتمله لأنه تخصيص فيصدق ديانة ،

وَلَوْ قَالَ : فِي غَدٍ صَحَّتْ قَضَاءُ (سَم) أَيْضًا ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتَ طَالِقٌ الْيَوْمَ غَدًا ،
أَوْ غَدًا الْيَوْمَ يُؤْخَذُ بِأَوْهَمَا ذِكْرًا ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتَ طَالِقٌ قَبْلَ أَنْ أَنْزَوْجَكَ
فَلَيْسَ بِشَيْءٍ ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتَ طَالِقٌ مَا لَمْ أَطْلُقْكَ ، أَوْ مَتَى مَا لَمْ أَطْلُقْكَ
أَوْ مَتَى لَمْ أَطْلُقْكَ وَسَكَتَ طَلَّقْتَ ، وَإِنْ قَالَ : إِنْ لَمْ أَطْلُقْكَ ، أَوْ إِذَا
لَمْ (سَم) أَطْلُقْكَ ، أَوْ إِذَا مَا لَمْ (سَم) أَطْلُقْكَ لَمْ تَطْلُقْ حَتَّى تَمُوتَ ؛ وَلَوْ قَالَ
أَنْتَ طَالِقٌ ثَلَاثًا مَا لَمْ أَطْلُقْكَ أَنْتَ طَالِقٌ فَهِيَ طَالِقٌ هَذِهِ الْوَاحِدَةُ ؛

(ولو قال في غد صحت قضاء أيضا) لأنه حقيقة كلامه لأن الظرف لا يوجب استيعاب
المظروف ، وإنما يتعين الجزء الأول عند عدم النية لعدم المزاحمة ، وقالوا : هو والأول
سواء ، لأن المراد منهما الظرفية لأن نصب غدا على الظرفية فلا فرق . وجوابه أن قوله
غدا للاستيعاب ، ونظيره قوله لا أكلمك شهرا وفي الشهر ، ودهرا وفي الدهر ، وإذا كان
للاستيعاب فإذا نوى البعض فقد نوى التخصيص كما بينا ، وعلى هذا الخلاف أنت طالق
في رمضان ونوى آخره (ولو قال أنت طالق اليوم غدا ، أو غدا اليوم يؤخذ بأولهما ذكرا)
لأن قوله اليوم تنجيز فلا يتأخر ، وقوله غدا إضافة ، والتنجيز لإبطال للإضافة فيلغو .
قال (ولو قال أنت طالق قبل أن أتزوجك فليس بشيء) وكذا أمس وقد تزوجها اليوم
لأنه أسند إلى حالة منافية لوقوع الطلاق فلا يقع كقوله قبل أن أسخط ، ولو كان تزوجها
أول من أمس وقع الساعة في الفصل الثاني لأنه أوقع الطلاق في ملكه فيقع (ولو قال أنت
طالق ما لم أطلقك ، أو متى ما لم أطلقك ، أو متى لم أطلقك وسكت طلقت) لوجود شرط
الوقوع بالسكوت ، وهو زمان خال عن التطلاق ، لأن هذه الألفاظ للوقت ؛ أما متى
ومتى ما فحقيقة فيه ، وأما ما فانه يستعمل فيه ، قال تعالى - ما دمت حيا - أي وقت الحياة
(وإن قال إن لم أطلقك ، أو إذا لم أطلقك ، أو إذا ما لم أطلقك لم تطلق حتى تموت) لأن
هذه الألفاظ للشرط فكان الطلاق معلقا بعدم التعليق فلا يتحقق العدم إلا بالموت ، أما إن
فظاهر ، وأما إذا وإذا ما ف كذلك عنده ، وقالوا : هما بمعنى متى ، قال تعالى - إذا السماء
انشقت - وأمثالها والمراد الوقت ، ولا ينبغي حنيفة أنها تستعمل للشرط أيضا ، قال :

• وإذا تصبكت خصاصة فتحمل • جزم بها وهي دليل الشرطية ، وإذا استعملت
في الأمرين لا يقع الطلاق بالشك لاحتمال إرادة كل واحد منهما على الانفراد ، بخلاف
قوله طلق نفسك إذا شئت حيث لا يخرج الأمر من يدها بالقيام عن المجلس ويحمل على
الوقت لأنه لما احتملها وقد ملكها فلا يخرج الأمر من يدها بالشك (ولو قال أنت طالق
ثلاثا ما لم أطلقك أنت طالق فهي طالق هذه الواحدة) لأنه وجد شرط البر وهو عدم الوقت

وَلَوْ قَالَ : أَنَا مِنْكَ طَالِقٌ لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ وَإِنْ نَوَى ، وَلَوْ قَالَ : أَنَا مِنْكَ بَائِنٌ أَوْ عَلَيْكَ حَرَامٌ وَنَوَى الطَّلَاقَ فَوَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتَ طَالِقٌ هَكَذَا وَأَشَارَ بِأَصَابِعِهِ الثَّلَاثَ فَثَلَاثٌ ، وَبِالْوَاحِدَةَ وَاحِدَةٌ ، وَبِالثَّنَتَيْنِ ثِنْتَانِ ، وَالْمُعْتَبَرُ الْمُنَشُّورَةُ ، وَإِنْ أَشَارَ بِظُهُورِهَا فَلِلْمُعْتَبَرِ الْمَضْمُونَةُ .

الحال عن التطلق (ولو قال أنا منك طالق لم يقع شيء وإن نوى ، ولو قال أنا منك بائن أو عليك حرام ونوى الطلاق فواحدة بائنة) والفرق أن الطلاق لإزالة القيد ، والقيد قائم بالمرأة دون الرجل ، أو لإزالة الملك وهي المملوكة وهو المالك ؛ أما الإبانة فلقطع الوصلة والتحريم لرفع الحل وللوصلة ، والحل مشترك بينهما فصَحَّ إضافتهما إليهما دون الطلاق (ولو قال أنت طالق هكذا وأشار بأصابعه الثلاث فثلاث ، وبالواحدة واحدة ، وبالثنتين ثنتان ، والمعتبر المنشورة) لأنها للإعلام بالعدد ، قال عليه الصلاة والسلام « الشهر هكذا وهكذا وهكذا وخمس إيهامه » وأراد في التوبة الثالثة التسعة وعليه العرف ، ولو أراد المضمومتين أو الكف لم يصدق قضاء لأنه خلاف الظاهر (وإن أشار بظهورها فالمعتبر المضمومة) لأنه يريد إعلام العدد بقدر المضمومة رجوعا إلى العادة بين الناس ؛ ولو قال أنت طالق ولم يقل هكذا وقعت واحدة ، لأنه لما لم يذكر العدد بقي مجرد قوله أنت طالق فتنزع واحدة ؛ ولو قال أنت طالق واحدة أو قال ثنتين أو قال ثلاثا فبات بعد قوله أنت طالق قبل ذكر العدد لم يقع شيء ، لأنه متى ذكر العدد فالواقع هو العدد ، فإذا ماتت قبل ذكر العدد فأتى الحل قبل الإيقاع فبطل ؛ وفي الفتاوى : إذا قال أنت طالق كذا كذا طلقت ثلاثا ، لأنه إذا أقر بكذا كذا لزمه أحد عشر على ما عرف ، فكأنه قال أنت طالق أحد عشر ؛ ولو قال كذلك طلقت ثلاثا كذلك هنا

فصل في وصف الطلاق

أصله أنه متى وصف الطلاق بوصف لا يوصف به ولا يحتمل وقوع الطلاق وبطل الوصف كقوله أنت طالق طلاقا لم يقع ، فانه يقع واحدة لأن الطلاق لم يوصف بذلك ، ومتى وقع الطلاق لا يرتفع ؛ وكذا إذا قال أنت طالق وأنا بالخيار ثلاثة أيام يقع ويبطل الشرط ، ومتى وصفه بوصف يوصف به ، فلا يخلو إما إن كان ينبي عن زيادة شدة وغلظة أولا ، فإن كان لا ينبي عن ذلك فهو رجعي ، وإن كان ينبي فهو بائن ؛ مثال الأول : أنت طالق أفضل الطلاق أو أكله أو أحسنه أو أعدله أو أسنّه أو خيره فانه تنقح واحدة رجعية ، لأنه لا يوصف لها ينبي عن الشدة ، والبنونة وصف شدة فلا يقع

وَلَوْ قَالَ : أَنْتَ طَالِقٌ بَائِنٌ أَوْ أَفْحَشُ الطَّلَاقِ أَوْ أَخْبَثُهُ أَوْ أَشَدُّهُ أَوْ أَعْظَمُهُ أَوْ أَكْبَرُهُ أَوْ أَشْرُهُ أَوْ أَسْوَاهُ أَوْ طَلَاقُ الشَّيْطَانِ أَوْ الْبِدْعَةُ أَوْ كَالْجَبَلِ أَوْ مِثْلُهُ الْبَيْتِ ، أَوْ تَطْلِيقُهُ شَدِيدَةٌ أَوْ طَوِيلَةٌ أَوْ عَرِيضَةٌ فَهِيَ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ ، وَإِنْ نَوَى الثَّلَاثَ فَثَلَاثٌ .

(و) مثال الثانى (لو قال : أنت طالق بائن أو أفحش الطلاق أو أخبثه أو أشده أو أعظمه أو أكبره أو أشره أو أسواه أو طلاق الشيطان أو البدعة أو كالجبل أو ماله البيت ، أو تطليقة شديدة أو طويلة أو عريضة فهي واحدة بائنة) لأن هذه الأوصاف تنبئ عن الشدة ، والباين : هو الشديد الذى لا يقدر على رجعتها ، بخلاف الرجعى لأنه ليس بشديد عليه حتى يملك رجعتها بدون أمرها . قال (وإن نوى الثلاث فثلاث) لأن الشدة والبدعة وطلاق الشيطان يتنوع إلى نوعين : شدة ضعيفة وقوية ، فالضعيفة الواحدة البائنة ، فعند عدم النية يتصرف إليها للتيقن ، وإذا نوى الثلاث فقد نوى أحد نوعيه فيصدق ، وكذا لو قال أنت طالق كالف لأنه يشبه بها فى القوة . قال • وواحد كالآلف إن أمر عني • ويشبه بها فى العدد فأيهما نوى صح ، وعند علمها يثبت الأقل لما مر . وعن محمد أنه يقع الثلاث عند عدم النية لأنه عدد فالظاهر هو التشبيه فى العدد . ثم عند أى حنيفة ومحمد متى شبه الطلاق فهو بائن ، لأن التشبيه يقتضى زيادة الوصف وذلك بالبنونة ، لأن عند عدم التشبيه يكون رجعى ، وعند أبى يوسف ، وقبل هو قول محمد إن ذكر العظم كان بائنا وإلا فلا ، وسواء كان المشبه به عظيما فى نفسه أولا لأنه يحتمل التشبيه فى نفس التوحيد ، فإذا ذكر العظم علمنا أنه أراد الزيادة . وعند زفر إن شبه بما هو عظيم فى نفسه كان بائنا وإلا فهو رجعى ، والخلاف يظهر فى قوله : أنت طالق مثل رأس الإبرة ، مثل عظم رأس الإبرة ، مثل الجبل ، مثل عظم الجبل ، فعند أى حنيفة هو بائن فى الجميع ، وعند أبى يوسف هو بائن فى الثانية والرابعة ، رجعى فى الباقي ، وعند زفر هو بائن فى الثالثة والرابعة ، رجعى فى الباقي ، ولو قال أنت طالق مثل عدد كذا لشيء لاعد له كالشمس والقمر فواحدة بائنة عند أبى حنيفة ، رجعية عند أبى يوسف ، ولو قال كالنجم فواحدة عند محمد ، لأن معناه كالنجم ضياء إلا أن ينوى العدد فثلاث ، ولو قال أنت طالق لا قليل ولا كثير . يقع ثلاثا ، ولو قال لا كثير ولا قليل تقع واحدة فيثبت ضد ما نفاه أولا ، لأن بالنفى ثبت ضد فلا يرتفع ، ولو طلق امرأته واحدة رجعية ثم قال جعلها بائنة أو ثلاثا يكون كذلك عند أبى حنيفة . وقال أبو يوسف : يصير بائنا ثلاثا لأن الواحدة لا تحتمل العدد وتحتمل التبديل إلى صفة أخرى . وقال محمد : لا يكون بائنا ولا ثلاثا لأنه إذا وقع بصفة لا يملك تغييره لأن تغيير الواقع لا يصح . ولأبى حنيفة أن الإبانة مملوكة له فيملك إثباتها بعد الإقاع وملك الإقاع العدد فيملك إلحاق الثنتين بالواحدة وضمهما إليها .

وَمَنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ قَبْلَ الدُّخُولِ ثَلَاثًا وَقَعَنَ ، وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ
وَطَالِقٌ ، أَوْ طَالِقٍ طَالِقٌ ، أَوْ وَاحِدَةٌ وَوَاحِدَةٌ ، أَوْ وَاحِدَةٌ قَبْلَ وَاحِدَةٍ ،
أَوْ بَعْدَهَا وَاحِدَةٌ وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ ؛ وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ قَبْلَهَا
وَاحِدَةٌ ، أَوْ بَعْدَهَا وَاحِدَةٌ فَثِنْتَانِ ، وَلَوْ قَالَ : مَعَ وَاحِدَةٍ أَوْ مَعَهَا وَاحِدَةٌ
فَثِنْتَانِ أَيْضًا ؛ وَلَوْ قَالَ لَهَا : إِنَّ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ وَوَاحِدَةٌ
فَدَخَلْتَ وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ (مم) ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ وَوَاحِدَةٌ إِنَّ
دَخَلْتَ الدَّارَ فَدَخَلْتَ وَقَعَتْ ثِنْتَانِ .

فصل

(ومن طلق امرأته قبل الدخول ثلاثا وقعن) لأن قوله أنت طالق ثلاثا إيقاع لمصدر
محذوف تقديره طلاقا ثلاثا فيقع جملة ، وليس قوله أنت طالق إيقاعا على حدة (ولو قال
أنت طالق وطلاتي ، أو طالقي طالقي ، أو واحدة وواحدة ، أو واحدة قبل واحدة ،
أو بعدها واحدة وقعت واحدة) لأنه ما يعلق الكلام بشرط أو يذكر في آخره ما يغير
صدره كان كل لفظ إيقاعا على حدة ، فيقع الأول وتبين لآلئ عدة فتصادفها الثانية وهي
بائن فلا تقع . وأما القبلية والبعدية فالأصل فيها أنه متى ذكر حرف الظرف بقرونا بهاء
الكناية بين طلاقين كان الظرف صفة للمذكور آخرًا ، وإن لم يقرنه بهاء الكناية فهو صفة
للمذكور أولا ، مثاله جاعني زيد قبله عمرو ، وجاعني زيد قبل عمرو ، فالقبلية في الأول
صفة لعمرو ، وفي الثاني صفة لزيد ، فقوله أنت طالق واحدة قبل واحدة ، فالقبلية صفة
للأولى ، والإيقاع في الماضي إيقاع للحال ، لأن الإخبارات إنشاءات شرعا فوقعت
لواحدة فبانت بها فلا يقع ما بعدها ، وقوله بعدها واحدة فالبعدية صفة للأخيرة وقد
حصلت الإبانة قبلها فلا يقع (ولو قال أنت طالقي واحدة قبلها واحدة ، أو بعد واحدة
فثنتان) لأن القبلية صفة للأخرى فاقضى إيقاعها في الماضي وإيقاع الأولى في الحال ،
وقد بينا أن الإيقاع في الماضي إيقاع في الحال فيقرنان . وفي المسألة الثانية البعدية صفة
للأولى فاقضى إيقاع الواحدة في الحال وإيقاع أخرى قبلها فيقرنان (ولو قال مع واحدة
أو معها واحدة فثنتان أيضا) لأن كلمة مع للمقارنة (ولو قال لها إن دخلت الدار فأنت
طالقي واحدة وواحدة فدخلت وقعت واحدة) وقال ثنتان (ولو قال أنت طالقي واحدة
وواحدة إن دخلت الدار فدخلت وقعت ثنتان) بالإجماع . لهما أن حرف الواو للجمع
الملحق ، والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع ، ولا فرق بينهما إذا أخر الجزاء

وكتاباتُ الطَّلَاقِ لَا يَقَعُ بِهَا إِلَّا بِنِيَّةٍ أَوْ بِدَلَالَةِ الْحَالِ ، وَيَقَعُ بِأَيِّهَا إِلَّا
اعْتَدَى "وَأَسْتَبْرَأَ رَحِمَكَ وَأَنْتَ وَاحِدَةٌ فَيَقَعُ بِهَا وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ".

أو قدمه لأنه تعليق بحرف الجمع . وله أن الشرط إذا تأخر بغير صدر الكلام فيتوقف عليه جميع
الكلام فضع جملة ، أما إذا تقدم لا مغير له فلا يتوقف ، والجميع يحتمل الترتيب ويحتمل القران ،
فعل تقدير إجمال الترتيب لا تقع إلا واحدة كما إذا صرح به فلا يقع الزائد عليه بالشك ؛
ولو عطف بحرف الفاء . قال الكرخي : هو على الخلاف ، وقال أبو الليث : تقع واحدة
بالإجماع لأن الفاء للتعقيب ، قالوا : وهو الأصح ، ولو قال لغير المدخول بها أنت طالق
طالق إن دخلت الدار بانت بالأولى ولم تتعلق بالثانية ، وفي المدخول بها تقع واحدة للحال
وتتعلق الثانية بالمدخول .

فصل

(وكتابات الطلاق لا يقع بها إلا بنية أو بدلالة الحال) لاحتمالها الطلاق وغيره لأنها
غير موضوعة فلا يتعين إلا بالتعيين ، وهو أن ينويه أو تدل عليه الحال فتترجح إرادته .
قال (ويقع بانثا) لأنه يملك إيقاع البائن وأنه أحد نوعي البينة فيملكه كالثلاث وقد
أوقعه بقوله أنت بائن أو أنت طالق بائن أو أبنتك بطلقة ونحو ذلك ، فان هذه الألفاظ تدل
على البينة بصريحها ومعناها ، فان قوله بائن صريح ، وبنة وبنته يثبتان عن القطع وذلك
في البائن دون الرجعي ، وكذا سائر الألفاظ إذا تأملت معناها . قال (إلا اعتدى واستبرأ)
رحمك وأنت واحدة فيقع بها واحدة رجعية (لأن قوله اعتدى يحتمل اعتدى نعم الله تعالى ،
ويحتمل اعتدى عدّة الطلاق فاذا نواها يصير كأنه قال طلقتك فاعتدى ، وذلك يوجب
الرجعة . وأما قوله استبرأ رحمك فلا يثبت استعمال للعدة إذ هو المقصود منها ، ويحتمل
استبرأ لأطلقك ، فان نوى الأول كان في معناه فيكون رجعيا لما مر ، وقوله أنت واحدة
يصلح نعتا لمصدر محذوف ويصلح وصفا لها بالتوحيد عنده ، فاذا نوى الطلاق تعين الأول
ومثله جائز كقوله أعطيتك جزىلا : أى عطاء جزىلا ، وإذا احتمله فاذا نواه تعين مجعلا
فيصير كأنه قال أنت طالق طلقة واحدة ؛ ولو قال ذلك كان رجعيا فكذا هذا ، ولهذا قال
بعض أصحابنا : إذا أعرب الواحدة بالرفع لا يقع شيء وإن نوى لأنه صفة لشخصها ،
وإن أعرب بالنصب تقع واحدة من غير نية لأنه نعت مصدر محذوف ، وإن سكن
يحتاج إلى نيته ، وعامة المشايخ قالوا : الكل سواء ، لأن العامة لا يميزون بين ذلك ،
فلا يبنى حكم يرجع إليهم عليه ، ولا يقع بهذه الألفاظ الثلاثة إلا واحدة ، لأن قوله
أنت طالق مضمّر فيها أو مقتضى ، ولو أظهر لا يقع إلا واحدة لما بينا ، كذا هذا .

وَأَلْفَاظُ الْبَائِنِ قَوْلُهُ : أَنْتَ بَائِنٌ ، بَتَّةً ، بَتْلَةً ، حَرَامٌ ، حَبْلُكَ عَلَى غَارِيكَ ، خَلِيَّةٌ ، بَرِيَّةٌ ، الْحَقُّ بِأَهْلِكَ ، وَهَبْتُكَ لِأَهْلِكَ ، سَرَحْتُكَ ، فَارَقْتُكَ ، أَمْرُكَ بِيَدِكَ ، تَقَنَّنِي ، اسْتَيْرَى ، أَنْتَ حُرَّةٌ ، اغْرُبِي ، اخْرُجِي ، ابْتَغِي الْأَزْوَاجَ ، وَيَصْبَحُ فِيهَا نِيَّةُ الْوَاحِدَةِ وَالثَّلَاثِ ، وَلَوْ نَوَى الثَّانِيَيْنِ فَوَاحِدَةً ، وَكَوَقَالَ لَهَا : اخْتَارِي يَنْوِي الطَّلَاقَ فَلَهَا أَنْ تُطْلَقَ نَفْسَهَا فِي مَجْلِسٍ عَلَيْهَا ، وَيَبْطُلُ خِيَارُهَا بِالْقِيَامِ ، وَيَتَبَدَّلُ الْمَجْلِسُ ،

قال (وَأَلْفَاظُ الْبَائِنِ قَوْلُهُ : أَنْتَ بَائِنٌ ، بَتَّةً ، بَتْلَةً ، حَرَامٌ ، حَبْلُكَ عَلَى غَارِيكَ ، خَلِيَّةٌ ، بَرِيَّةٌ ، الْحَقُّ بِأَهْلِكَ ، وَهَبْتُكَ لِأَهْلِكَ ، سَرَحْتُكَ ، فَارَقْتُكَ ، أَمْرُكَ بِيَدِكَ ، تَقَنَّنِي ، اسْتَيْرَى ، أَنْتَ حُرَّةٌ ، اغْرُبِي ، اخْرُجِي ، ابْتَغِي الْأَزْوَاجَ ، وَيَصْبَحُ فِيهَا نِيَّةُ الْوَاحِدَةِ وَالثَّلَاثِ) لِأَنَّ الْبَيِّنَاتِ خُضِيقَةً وَغُلِيقَةً فَأَيُّمَا نَوَى صَحَّ ، وَإِنْ نَوَى نَفْسَ الطَّلَاقِ فَوَاحِدَةً لِأَنَّهُ الْأَدْنَى (وَلَوْ نَوَى الثَّانِيَيْنِ فَوَاحِدَةً) لِأَنَّهُمَا عِدَدٌ وَالْفَرْقُ لَا يَدُلُّ عَلَى الْعِدَدِ ، وَفِيهِ خِلَافٌ زُفِرَ وَقَدْ تَقَدَّمَ ، وَلَا يَقَعُ إِلَّا بِالْبَائِنَةِ أَوْ فِي حَالِ مَذَاكِرَةِ الطَّلَاقِ لِأَنَّهُ دَلِيلٌ عَلَيْهِ يَقَعُ فِي الْقَضَاءِ وَلَا يَقَعُ دِيَانَةً إِلَّا بِالْبَائِنَةِ ، وَتَقَعُ وَاحِدَةً لِأَنَّهُ أَدْنَى . ثُمَّ هِيَ ثَلَاثَةُ أَقْسَامٍ : مِنْهَا مَا يَصْلُحُ جَوَابًا لِأَغِيرٍ ، وَهِيَ ثَلَاثَةٌ : أَمْرُكَ بِيَدِكَ ، اخْتَارِي ، اعْتَدِي . وَمِنْهَا مَا يَصْلُحُ جَوَابًا وَرَدًّا لِأَغِيرٍ وَهِيَ سَبْعَةٌ : اخْرُجِي ، اذْهَبِي ، اغْرُبِي ، قَوِي ، تَقَنَّنِي ، اسْتَيْرَى ، تَحْمَرِي . وَمِنْهَا مَا يَصْلُحُ جَوَابًا وَرَدًّا وَشَتِيمَةً وَهِيَ خَمْسَةٌ : خَلِيَّةٌ ، بَرِيَّةٌ ، بَتَّةٌ ، بَائِنٌ ، حَرَامٌ . وَعَنْ أَبِي يَوْسُفَ أَنَّهُ أَخَذَ بِالْقِسْمِ الْأَوَّلِ خَمْسَةَ أُخْرَى : خَلَيْتُ سَيْدَكَ ، سَرَحْتُكَ ، لَأَمْلِكُ لِي عَلَيْكَ ، لِأَسِيلَ لِي عَلَيْكَ ، الْحَقُّ بِأَهْلِكَ . وَالْأَحْوَالُ ثَلَاثَةٌ : حَالَةٌ مُطْلَقَةٌ وَهِيَ حَالَةُ الرِّضَا ، وَحَالَةٌ مَذَاكِرَةِ طَلَاقِهَا ، وَحَالَةٌ غَضَبٍ . أَمَّا حَالَةُ الرِّضَا فَلَا يَقَعُ الطَّلَاقُ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ إِلَّا بِالْبَائِنَةِ لِمَا تَقَدَّمَ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ فِي عَدَمِ النِّيَّةِ لِأَنَّهُ لَا يَطْلُعُ غَيْرُهُ عَلَيْهِ وَالْحَالُ لَا يَدُلُّ عَلَيْهِ . وَفِي حَالِ مَذَاكِرَةِ الطَّلَاقِ يَقَعُ الطَّلَاقُ قَضَاءً وَلَا يَصْدُقُ عَلَى عَدَمِهِ إِلَّا فِيمَا يَصْلُحُ جَوَابًا وَرَدًّا لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ الرَّدَّ وَهُوَ الْأَدْنَى فَيَصْدُقُ فِيهِ . وَفِي حَالَةِ الْغَضَبِ يَصْدُقُ إِلَّا فِيمَا يَصْلُحُ جَوَابًا لِأَغِيرٍ ، لِأَنَّهُ يَصْلُحُ لِلطَّلَاقِ الَّذِي يَدُلُّ عَلَيْهِ الْغَضَبُ فَيَجْعَلُ طَلَاقًا . قَالَ (وَلَوْ قَالَ لَهَا اخْتَارِي يَنْوِي الطَّلَاقَ فَلَهَا أَنْ تُطْلَقَ نَفْسَهَا فِي مَجْلِسٍ عَلَيْهَا) فَإِنْ كَانَتْ حَاضِرَةً فَيَسْمَعُهَا ، وَإِنْ كَانَتْ غَائِبَةً فَبِالْإِخْبَارِ لِأَنَّ الْخَبْرَ لَهَا الْمَجْلِسُ بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، وَلِأَنَّهُ مَلَكَهَا فَعَلَ الْإِخْتِيَارَ ، وَالتَّمْلِيكَاتُ تَقْتَضِي جَوَابًا فِي الْمَجْلِسِ كَالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ وَنَحْوِهَا (وَيَبْطُلُ خِيَارُهَا بِالْقِيَامِ) لِأَنَّهُ دَلِيلُ الْإِعْرَاضِ (وَيَتَبَدَّلُ الْمَجْلِسُ) حَقِيقَةً بِالْإِنْتِقَالِ إِلَى مَجْلِسٍ آخَرَ ، وَمَعْنَى تَبَدُّلِ الْأَفْعَالِ فَجَلَسَ الْأَكْلَ غَيْرَ مَجْلِسِ الْقِتَالِ ، وَمَجْلَسُ الْقِتَالِ غَيْرَ مَجْلِسِ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ ، وَيَبْطُلُ بِتَبَدُّلِ الْمَجْلِسِ . وَإِنْ كَانَتْ مَعْلُومَةً فَانْ مُحَمَّدًا

فإذا اختارت نفسها فهي واحدة بائنة ، ولا يكون ثلاثا وإن نواها ، ولا بد من ذكر النفس أو ما يدل عليه في كلامه أو كلامها ،

رحم الله قال : إذا أخذ الزوج بيده وأقامها من المجلس بطل خيارها ، ولو كانت في صلاة مكتوبة أو وتر فأنتمها لا يبطل ، وكذا في التطوع إن تمت ركعتين لأنها ممنوعة عن قطعها ، وإن تمت أربعة بطل لأن الزيادة على ركعتين في النفل كالدخل في صلاة أخرى . وعن محمد في الأربع قبل الظهر لا تبطل وإن أتمها أربعة ، وهو الصحيح ، ولو كانت قائمة فعدت فهي على خيارها لأنه دليل التروى ، فإن القعود أجمع للرأى ، وكذا إذا كانت قاعدة فانكأت ، أو متكئة فعدت ، لأنه انتقال من جلسة إلى جلسة وليس باعراض ، كما إذا تربعت بعد أن كانت محتبة . وقيل إذا كانت قاعدة فانكأت بطل خيارها لأنه إظهار للهاون بالأمر فكان إعراضا ، والأول أصح ، ولو كانت قاعدة فاضطجعت فعزأ أبي يوسف وروايتان ، وإن كانت تسير على دابة أو في محمل فوقفت فهي على خيارها ، وإن سارت بطل خيارها ، إلا أن تختار مع سكوت الزوج ، لأن سير الدابة ووقوفها مضاف إليها ، فإذا سارت كان كجلس آخر (فإذا اختارت نفسها فهي واحدة بائنة) لأن اختيارها نفسها يوجب اختصاصها بها دون غيرها وذلك بالبينونة (ولا يكون ثلاثا وإن نواها) لأن الاختيار لا يتويع (ولا بد من ذكر النفس أو ما يدل عليه في كلامه أو كلامها) مثل أن يقول اختارى نفسك فتقول اخترت ، أو يقول لها اختارى فتقول اخترت نفسي لأن ذلك حرف بإجماع الصحابة ، وأنه المفسر من أحد الجانبيين ، ولأن المبهم لا يصلح تفسيراً للمبهم ، حتى لو قال لها اختارى ، فقالت اخترت فليس بشيء ، لأن الاختيار ليس من ألفاظ الطلاق وضعاً ، وإنما جعل بالسنة فيما إذا كان مفسراً ، فإذا لم يكن كذلك لا يقع به شيء ، ولأن قوله اختارى ، وقولها اخترت ليس له تخصيص بها فلا يقع الطلاق ، فإذا ذكرت النفس تخصص الاختيار لها فيقع . وقال في المحيط : ولا بد من ذكر النفس أو التطليقة أو الاختيار في أحد الكلامين لو وقع الطلاق ، أما ذكر النفس فلما ذكرنا ، وأما ذكر التطليقة فظاهر ، وأما الاختيار فلأن الماء تنبئ عن التفرد ، واختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة ويتعد أخرى ، فصار مفسراً من جانب . والقياس أن لا يقع بالتخير طلاق ، إن نوى ، لأنه لا يملك إيقاع الطلاق بهذا اللفظ فلا يملك التفويض إلى غيره ، ولأن قولها أنا أختار نفسي يحتمل الوعد فلا يكون جواباً مع الاحتمال . وجه الاستحسان إجماع الصحابة رضي الله عنهم ، ولأن الشرع جعل هذا إيجاباً وجواباً لما روى أنه لما نزل قوله تعالى - يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها - الآية ، بدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم بعائشة رضي الله عنها ، فقال : إني أخبرك بشيء لها عليك ألا تجيبني حتى تستأمرى أبوك ثم أخبرها بالآية ، فقالت : أفى هذا أستأمر

وَكُتُو قَالَ لَهَا : اخْتَارِي اخْتَارِي اخْتَارِي ، فَقَالَتْ : اخْتَرْتُ اخْتِيَارَةً ، أَوْ قَالَتْ
اخْتَرْتُ الْأُولَى أَوِ الْوُسْطَى أَوِ الْآخِرَةَ فَهِيَ ثَلَاثُ (سَم) ، وَكُتُو قَالَتْ : طَلَقْتُ
نَفْسِي أَوْ اخْتَرْتُ نَفْسِي بِتَطْلِيقَةٍ فَهِيَ رَجْعِيَّةٌ ، وَكُتُو قَالَ اخْتَارِي نَفْسَكَ
أَوْ أَمْرَكَ بِيَدِكَ بِتَطْلِيقَةٍ ، فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا فَهِيَ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ ، وَكُتُو
خَيْرَهَا فَقَالَتْ : اخْتَرْتُ نَفْسِي لِأَبْلِ زَوْجِي لَا يَبْقَعُ ، وَكُتُو قَالَتْ : نَفْسِي
أَوْ زَوْجِي لَا يَبْقَعُ ، وَكُتُو قَالَتْ : نَفْسِي وَزَوْجِي طَلَقْتُ ، وَالْأَمْرُ بِالْيَدِ
كَالتَّخْيِيرِ يَتَوَقَّفُ عَلَى الْمَجْلِسِ ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا قَالَ : أَمْرَكَ بِيَدِكَ وَتَوَى
الْثَّلَاثَ صَحَّ ؛

أَبُو يَاسِرٍ يَرْسُولُ اللَّهَ ؟ لَا ، بَلْ أَخْتَارَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ ، وَأَرَادَتْ بِذَلِكَ الْاِخْتِيَارَ لِلْحَالِ ، وَأَعَدَهُ
رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جَوَابًا وَلِإِيجَابًا ، وَلَئِنْ لَهُ أَنْ يَسْتَدِيمَ النِّكَاحَ وَلَهُ أَنْ يَفَارِقَهَا ،
فَلَهُ أَنْ يَقِيمَهَا مَقَامَ نَفْسِهِ فِي ذَلِكَ (وَلَوْ قَالَ لَهَا : اخْتَارِي اخْتَارِي اخْتَارِي ، فَقَالَتْ :
اخْتَرْتُ اخْتِيَارَةً ، أَوْ قَالَتْ : اخْتَرْتُ الْأُولَى أَوِ الْوُسْطَى أَوِ الْآخِرَةَ فَهِيَ ثَلَاثُ) وَلَا
يَحْتَاجُ إِلَى نِيَةِ الزَّوْجِ ، لِأَنَّهُ تَكَرَّرَ هَذَا الْكَلَامُ إِنَّمَا يَكُونُ فِي الطَّلَاقِ دُونَ غَيْرِهِ . أَمَا قَوْلُهَا
اخْتِيَارَةً فَلِأَنَّهَا لِلْمَرَّةِ ، وَلَوْ صَرَحَتْ بِطَلْقِ ثَلَاثًا فَكُنَّا هَذَا ، وَلِأَنَّهَا لِلتَّائِيدِ وَالتَّائِيدِ
بِوُقُوعِ الثَّلَاثِ . وَأَمَا قَوْلُهَا الْأُولَى أَوِ الْوُسْطَى أَوِ الْآخِرَةَ فَلِذَلِكَ أَيْ حَنِيفَةً . وَقَالَتْ
وَاحِدَةً ، لِأَنَّهُ ذَكَرَ الْأُولَى أَوِ الْوُسْطَى أَوِ الْآخِرَةَ إِنْ كَانَ لَا يَفِيدُ التَّرْتِيبَ يَفِيدُ الْإِفْرَادَ
لِأَنَّهُ يَدُلُّ عَلَيْهِ فَيُعْتَبَرُ فِيهِ . وَلَهُ أَنَّهَا إِنَّمَا تَصَرَّفُ فِيهَا مِلْكُهُ ، إِذَا اجْتَمَعَ فِي الْمَلِكِ كَالْمَجْتَمِعِ
فِي الْمَكَانِ ، وَذَلِكَ لَا يَحْتَمِلُ التَّرْتِيبَ ، فَإِنَّ الْقَوْمَ الْمُجْتَمِعِينَ فِي مَكَانٍ لَا يَقَالُ هَذَا أَوَّلُ وَهَذَا
آخِرُ ، وَيَقَالُ هَذَا جَاءَ أَوَّلًا وَهَذَا آخِرًا ، فَيَكُونُ التَّرْتِيبُ فِي جَيْهَتِهِمَا لَا فِي ذَاتِهِمَا ، وَإِذَا
كَانَ كَذَلِكَ لَمَّا قَوْلُهَا الْأُولَى أَوِ الْوُسْطَى فَبَقِيَ قَوْلُهَا اخْتَرْتُ : وَلَوْ قَالَتْ اخْتَرْتُ وَسَكَتْ
وَقَعَتِ الثَّلَاثُ كَذَا هَذَا (وَلَوْ قَالَتْ : طَلَقْتُ نَفْسِي أَوْ اخْتَرْتُ نَفْسِي بِتَطْلِيقَةٍ فَهِيَ رَجْعِيَّةٌ)
لِأَنَّهَا اخْتَارَتْ نَفْسَهَا بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ ، لِأَنَّ هَذَا يُوجِبُ الْإِنْطِلَاقَ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ
(وَلَوْ قَالَ : اخْتَارِي نَفْسَكَ أَوْ أَمْرَكَ بِيَدِكَ بِتَطْلِيقَةٍ فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا فَهِيَ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ)
لِأَنَّ ذِكْرَ الطَّلَاقِ يَعْقِبُ الرُّجْعَةَ ، وَضَارَ كَأَنَّهُ قَالَ : طَلَقْتُ نَفْسَكَ (وَلَوْ خَيْرَهَا فَقَالَتْ :
اخْتَرْتُ نَفْسِي لِأَبْلِ زَوْجِي لَا يَبْقَعُ) لِأَنَّهُ لِلْإِضْرَابِ عَنِ الْأَوَّلِ فَلَا يَبْقَعُ (وَلَوْ قَالَتْ : نَفْسِي
أَوْ زَوْجِي لَا يَبْقَعُ) لِأَنَّهُ أَوْ لِلشَّكِّ فَلَا يَبْقَعُ الطَّلَاقُ بِالشَّكِّ ، وَخَرَجَ الْأَمْرُ مِنْ يَدَيْهَا لِاسْتِغْنَائِهَا
بِشَيْءٍ آخَرَ (وَلَوْ قَالَتْ : نَفْسِي وَزَوْجِي طَلَقْتُ) وَلَا يَصِحُّ الْعَطْفُ (وَالْأَمْرُ بِالْيَدِ
كَالتَّخْيِيرِ يَتَوَقَّفُ عَلَى الْمَجْلِسِ) عَلَى مَا ذَكَرْنَا (إِلَّا أَنَّهُ إِذَا قَالَ : أَمْرَكَ بِيَدِكَ وَتَوَى الثَّلَاثَ
صَحَّ) لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الْعُمُومَ وَالْخُصُوصَ ، وَالْاِخْتِيَارَ لَا يَحْتَمِلُ الْعُمُومَ ، فَإِنَّ الْأَمْرَ بِالْيَدِ

وَكُوْ قَالَتْ فِي جَوَابِ الْأَمْرِ بِالْيَدِ : اخْتَرْتُ نَفْسِيْ بِيَوَاحِدَةٍ فَهِيَ ثَلَاثٌ ، وَكُوْ قَالَتْ لَهَا : أَمْرُكَ بِيَدِكَ فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا يَمَعُ ، وَكُوْ قَالَ لَهَا : طَلَّقِيْ نَفْسَكَ فَلَهَا أَنْ تَطْلُقِيْ فِي الْمَجْلِسِ وَتَقَعُ وَاحِدَةً رَّجْعِيَّةً ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَنْهُ ، وَإِنْ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا ثَلَاثًا وَقَدْ أَرَادَهَا الزَّوْجُ وَقَعْنَ ، وَلَا تَصِحُّ نِيَّةُ الثَّنَتَيْنِ (ز) إِلَّا أَنْ تَكُونَ أَمَةً فَيَصِحُّ ، وَلَوْ كَانَتْ حُرَّةً وَقَدْ طَلَّقَهَا وَاحِدَةً لَا يَصِحُّ نِيَّةُ الثَّنَتَيْنِ . وَكُوْ قَالَتْ : أَبْنَتْ نَفْسِيْ طَلَّقْتُ وَاحِدَةً رَّجْعِيَّةً ، وَكُوْ قَالَ لَهَا : أَمْرُكَ بِيَدِكَ ، فَقَالَتْ : أَنْتَ عَلَى حَرَامٍ ، أَوْ أَنْتَ مِثِّيْ بَاثِنٌ ، أَوْ أَنَا عَلَيْكَ حَرَامٌ ، أَوْ أَنَا مِنْكَ بَاثِنٌ ، فَهُوَ جَوَابٌ وَطَلَّقَتْ ،

يُحْيَى عَنْ الْقَلِيكِ وَضَعَا ، قَالَ تَعَالَى - وَالْأَمْرُ يَوْمُئِذٍ لِّلَّهِ - وَالِاخْتِيَارُ عَرَفَ تَمْلِيكَ شَرْعًا لِأَوْضَعَا ، وَالْإِجْمَاعُ انْعَقَدَ فِي الطَّلَاقِ الْوَاحِدَةِ لِأَغْيَرِ ، فَلِهَذَا صَحَّتْ نِيَّةُ الثَّلَاثِ فِي الْأَمْرِ بِالْيَدِ دُونَ التَّخْيِيرِ (وَلَوْ قَالَتْ فِي جَوَابِ الْأَمْرِ بِالْيَدِ : اخْتَرْتُ نَفْسِيْ بِيَوَاحِدَةٍ فَهِيَ ثَلَاثٌ) لِأَنَّهَا صِفَةُ الْإِخْتِيَارِ ، لِأَنَّ الْإِخْتِيَارَةَ تَصِلُحُ جَوَابًا لِلْأَمْرِ بِالْيَدِ لِكُونِهِ تَمْلِيكًَا كَالْتَّخْيِيرِ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَتْ : اخْتَرْتُ نَفْسِيْ مَرَّةً وَاحِدَةً ، وَبِذَلِكَ يَقَعُ الثَّلَاثُ (وَلَوْ قَالَ هَا : أَمْرُكَ بِيَدِكَ فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا) قِيلَ لَا يَقَعُ ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ (يَقَعُ) وَلَوْ قَالَ هَا : إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ فَأَمْرُكَ بِيَدِكَ إِنْ طَلَّقْتَ نَفْسَهَا كَمَا وَقَعْتَ قَدَمَهَا فِيهَا طَلَّقْتَ ، وَإِنْ طَلَّقْتَ بَعْدَ مَا شِئْتَ خَطْوَتَيْنِ لَمْ تَطْلُقِيْ (وَلَوْ قَالَ هَا : طَلَّقِيْ نَفْسَكَ فَلَهَا أَنْ تَطْلُقِيْ فِي الْمَجْلِسِ) لِأَنَّ الْمَرْأَةَ لَا تَكُونُ وَكِيلَةً فِي حَقِّ نَفْسِهَا فَكَانَ تَمْلِيكًَا (وَتَقَعُ وَاحِدَةً رَّجْعِيَّةً ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَنْهُ) لِأَنَّهُ تَمْلِيكٌَ فِيهِ مَعْنَى التَّحْلِيْقِ ، لِأَنَّهُ عُلِقَ الطَّلَاقُ بِتَطْلِيْقِهَا ، وَكَذَا قَوْلُهُ أَنْتَ طَالِقٌ إِنْ شِئْتَ أَوْ أَحْبَبْتَ أَوْ هَوَيْتَ أَوْ أَرَدْتَ أَوْ رَضِيتَ ، لِأَنَّ كُلَّهُ تَعْلِيْقٌ بِفَعْلِ الْقَلْبِ فَهُوَ كَالْتَّخْيِيرِ (وَإِنْ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا ثَلَاثًا وَقَدْ أَرَادَهَا الزَّوْجُ وَقَعْنَ) لِأَنَّ مَعْنَاهُ أَفْعَلَ الطَّلَاقِ وَهُوَ اسْمُ جِنْسٍ فَيَتَنَاوَلُ الْأُنْثَى مَعَ الْجَمِيعِ كَسَائِرِ أَسْمَاءِ الْأَجْنَاسِ فَتَصِحُّ نِيَّةُ الثَّلَاثِ وَيَنْصَرَفُ إِلَى الْأُنْثَى عِنْدَ عَدَمِهَا عَلَى مَا مَرَّ (وَلَا تَصِحُّ نِيَّةُ الثَّنَتَيْنِ) لِأَنَّهُ عَدَدٌ خِلَافًا لَزَفَرٍ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ (إِلَّا أَنْ تَكُونَ أَمَةً فَيَصِحُّ) لِأَنَّهُ الْجِنْسُ فِي حَقِّهَا (وَلَوْ كَانَتْ حُرَّةً وَقَدْ طَلَّقَهَا وَاحِدَةً لَا تَصِحُّ نِيَّةُ الثَّنَتَيْنِ) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِجِنْسٍ فِي حَقِّهَا (وَلَوْ قَالَتْ : أَبْنَتْ نَفْسِيْ طَلَّقْتُ وَاحِدَةً رَّجْعِيَّةً) لِأَنَّ الْإِبَانَةَ مِنْ أَلْفَاظِ الطَّلَاقِ ، إِلَّا أَنَّهَا زَادَتْ فِيهَا وَصْفَ الْإِبَانَةِ فَيُلْغُو ، كَمَا إِذَا قَالَتْ طَلَّقْتُ نَفْسِيْ بَاثِنَةً . وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ : لَا يَقَعُ شَيْءٌ لِأَنَّهَا أَنْتَ بَغَيْرِ مَا فُوضَ إِلَيْهَا ، وَيَتَقَيَّدُ بِالْمَجْلِسِ كَمَا فِي الْخُيْرَةِ لِأَنَّهُ تَمْلِيكٌَ أَيْضًا (وَلَوْ قَالَ هَا : أَمْرُكَ بِيَدِكَ ، فَقَالَتْ : أَنْتَ عَلَى حَرَامٍ ، أَوْ أَنْتَ مِثِّيْ بَاثِنٌ ، أَوْ أَنَا عَلَيْكَ حَرَامٌ ، أَوْ أَنَا مِنْكَ بَاثِنٌ ، فَهُوَ جَوَابٌ وَطَلَّقَتْ) لِأَنَّ هَذِهِ الْأَلْفَاظَ نَفِيدَ الطَّلَاقِ كَمَا إِذَا قَالَتْ طَلَّقْتُ نَفْسِيْ ، وَلَوْ قَالَتْ أَنْتَ مِثِّيْ طَالِقٌ لَمْ يَقَعِ

وَلَوْ قَالَتْ : أَنَا مِنْكَ طَالِقٌ ، أَوْ أَنَا طَالِقٌ وَقَعَ ، وَلَوْ قَالَ لَهَا : طَلَّقِي نَفْسَكَ مَتَى شِئْتَ ، أَوْ مَتَى مَا شِئْتَ ، أَوْ إِذَا شِئْتَ ، أَوْ إِذَا مَا شِئْتَ لَا يَتَقَيَّدُ بِالْمَجْلِسِ ، وَلَوْ رَدَّتْهُ لَا يَرْتَدُّ ، وَكَذَا لَوْ قَالَ لِغَيْرِهِ : طَلَّقِي أَمْرَأَتِي ، وَلَوْ قَالَ لَهُ : إِنْ شِئْتَ اقْتَصِرَ عَلَى الْمَجْلِسِ (ز) ؛ وَلَوْ قَالَ لَهَا : طَلَّقِي نَفْسَكَ كُلَّمَا شِئْتَ فَلَهَا أَنْ تَفْرُقَ الثَّلَاثَ وَلَيْسَ لَهَا أَنْ تَجْمَعَهَا ؛ وَلَوْ قَالَ طَلَّقِي نَفْسَكَ ثَلَاثًا فَطَلَّقَتْ وَاحِدَةً فَهِيَ وَاحِدَةٌ ؛ وَلَوْ قَالَ : وَاحِدَةً فَطَلَّقَتْ ثَلَاثًا لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ (م) ؛

شئ (ولو قالت : أنا منك طالق ، أو أنا طالق وقع) لأن المرأة توصف بالطلاق دون الرجال (ولو قال لها : طلقي نفسك متى شئت ، أو متى ما شئت ، أو إذا شئت ، أو إذا ما شئت لا يتقيد بالمجلس) لأنها لعموم الأوقات كأنه قال : في أي وقت شئت ، وهذا في متى ومتى ما ظاهر ؛ وأما إذا وإذا ما فقد سبق الكلام فيه والعذر عنه (ولو ردتته لا يرتد) لأنه ملكها الطلاق في أي وقت شاءت فلم يكن تمليكاً قبل المشيئة فلا يرتد بالرد (وكذا لو قال لغيره : طلقي امرأتني) لا يتقيد بالمجلس لأنه توكيل (ولو قال له : إن شئت اقتصر على المجلس) وقال زفر : هو والأول سواء لأنه توكيل كما إذا سكنت عن المشيئة . ولنا أنه تمليك حيث علقه بالمشيئة ، والمالك يتصرف بالمشيئة ، والتمليك يقتصر على المجلس لما عرف ؛ ولو قال لها : أنت طالق إن أحببت ، فقالت شئت وقع ، ولو قال : إن شئت فقالت أحببت لا يقع ، والفرق أن المشيئة إرادة وإيجاب وفيها معنى المحبة وزيادة فقد وجد الشرط في الأولى وزيادة والمحبة ليس فيها إيجاب فلم يوجد في المسئلة الثانية المشيئة بتلك الصفة فلم يوجد الشرط (ولو قال لها : طلقي نفسك كلما شئت فلها أن تفرق الثلاث) لأن كلما تقتضي تكرار الفعل ويقتصر على المملوك من الطلاق في النكاح القائم حتى لو طلقها ثلاثاً أعادت إليه بعد زوج آخر لا تملك التطبيق (وليس لها أن تجمعها) لأنها توجب عموم الأفراد لا عموم الاجتماع وقال زفر : لا يقتصر على المملوك في النكاح حتى كان لها أن تطلق نفسها بعد زوج آخر عملاً بحقيقة كلمة كلما . ولنا أنه تمليك فلا يصح إلا فيها هو في ملكه ، ولا يملك أكثر من الثلاث ، وعلى هذا الإبلاء إذا وقع به ثلاث طلاقات ثم عادت إليه لا يعود الإبلاء عندنا ، وعنده يعود (ولو قال : طلقي نفسك ثلاثاً فطلقت واحدة فهي واحدة) لأنها أوقعت بعض ما ملكت (ولو قال : واحدة فطلقت ثلاثاً لم يقع شيء) عند أبي حنيفة ، وقالوا : تقع واحدة لأنها ملكت الواحدة ، وقد أتت بالزيادة عليها فتلغو كما إذا قال لها أنت طالق أربعاً . فانه يقع الثلاث ويلغو الزائد . وله أن الواحدة غير الثلاث لفظاً ومعنى فقد أتت بغير ما ملكها فكان كلاماً مبتدأ فلا يقع ، بخلاف الزوج لأنه يملك الثلاث

وَلَوْ قَالَ لَهَا : طَلَّقِي نَفْسَكَ وَاحِدَةً أَمْلِكُ الرَّجْعَةَ ، فَقَالَتْ : طَلَّقْتُ نَفْسِي وَاحِدَةً بَائِنَةً فَهِيَ رَجْعِيَّةٌ ؛ وَلَوْ قَالَ : وَاحِدَةً بَائِنَةً ، فَقَالَتْ : طَلَّقْتُ رَجْعِيَّةً فَهِيَ بَائِنَةٌ ؛ وَلَوْ قَالَ لَهَا : أَنْتِ طَالِقٌ كَيْفَ شِئْتَ وَقَعْتَ وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً ، وَإِنْ كَمْ تَشَاءُ فَإِنْ شَاءَتْ بَائِنَةً أَوْ ثَلَاثًا وَقَدْ أَدَّ الزَّوْجُ ذَلِكَ وَقَعَ ، وَإِنْ اخْتَلَفْتَ مَشِيئَتَهَا وَإِرَادَتَهُ فَوَاحِدَةً (مم) رَجْعِيَّةً وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ مَا شِئْتَ أَوْ كَمْ شِئْتَ فَكَلِمَاتُهَا أَنْ تُطَلَّقَ نَفْسَهَا مَا شَاءَتْ ؛ وَلَوْ قَالَ لَهَا طَلَّقِي نَفْسَكَ مِنْ ثَلَاثٍ مَا شِئْتَ فَكَيْسَ لَهَا أَنْ تُطَلَّقَ ثَلَاثًا وَتُطَلَّقَ مَا دُونَهَا (مم) :

فيتصرف فيها بحكم الملك ، والزائد عليها لغو فبطل (ولو قال لها : طلق نفسك واحدة أملك الرجعة ، فقالت : طلقت نفسي واحدة بائنة فهي رجعية) لأنها أنت بالأصل فصيح ووقع ما أمرها به ثم أنت بزيادة وصف فيلغو إذ لا حاجة إليه (ولو قال : واحدة بائنة ، فقالت : طلقت رجعية فهي بائنة) لما قلنا (ولو قال لها : أنت طالق كيف شئت وقعت واحدة رجعية وإن لم تشأ ، فإن شاءت بائنة أو ثلاثا وقد أراد الزوج ذلك وقع) للاتفاق بين إرادته ومشيتها (وإن اختلفت مشيتها وإرادته فواحدة رجعية) لأنها لما خالفته لغا تصرفها في أصل الإيقاع . وقال أبو يوسف ومحمد : لا يقع شيء ما لم توقع المرأة فتشأ ثلاثا أو واحدة رجعية أو بائنة والعق على هذا الخلاف . لهما أنه فوَّضَ إليها التطلاق على أى صفة شاءت فوجب أن يتعلق بمشيئتها أصل الطلاق حتى تملك ذلك قبل الدخول وبعده ، ولو وقع بمجرد إيقاعه لا يملك قبل الدخول . ولأى حنيفة أن كيف للاستبصار فتقتضى ثبوت أصل الطلاق ، ويكون التفويض إليها في الصفة عملا بحقيقة كلمة كيف (ولو قال : أنت طالق ما شئت أو كَمْ شِئْتَ فلها أن تطلق نفسها ما شاءت) لأنها يستعملان للعدد فقد فوَّضَ إليها أى شيء شاءت من العدد (ولو قال لها : طلق نفسك من ثلاث ما شئت فليس لها أن تطلق ثلاثا وتطلق ما دونها) وقالوا : لها أن تطلق ثلاثا إن شاءت ، لأن ما للعموم ومن تستعمل للتمييز فيحمل على تمييز الجنس كقولهم : كل من طعماني ما شئت . ولأى حنيفة أن من حقيقة التبعض ، وما للتعميم فيعمل بهما ، فجعلنا المفوض إليها بعض الثلاث ، لكن بعضا له عموم وهو ثنتان ، وإنما ترك التبعض في الظاهر للدلالة الحال ، وهو إظهار المباحة والكرم ؛ ولو قال : إن شئت فأنت طالق إذا شئت ، فهما مشيتان : إحداهما على المجلس ، والثانية مطلقة معلقة بالوقت ، فإن قامت بطلتا أما المؤقتة فلتوقها بالمجلس ، وأما المطلقة فلتعلقها بها ، وإن شاءت يصير كأنه قال لها في ذلك الوقت : أنت طالق إذا

شئت ، ولو قيل له : ألك امرأة ؟ فقال لا ونوى الطلاق وقع ، ذكره في المحيط وقال هو الصحيح ، وكذا لو قالت : لست لي زوج ، فقال الزوج : صدقت ونوى الطلاق ، وكذا قوله : لست لي بأمراة ، أو ما أنت لي بأمراة ، أو لست لك بزوج ، أو ما أنا لك بزوج ونوى الطلاق يقع ، وقالوا : لا يقع لأنه إخبار كذب فلا يقع وإن نوى . وله أنه يجتمل الطلاق بالإخبار بتقديره : لست لي بأمراة لأنني طلقتك ، وإذا احتمل ذلك ونواه صححت نيته فيقع الطلاق ، ولو قال له آخر : هل امرأتك إلا طالق ؟ فقال الزوج : لا طلقت ولو قال نعم لا تطلق ، لأن قوله نعم معناه نعم امرأتى غير طالتي ، وقوله لا معناه ليس امرأتى إلا طالتي ، ولو قال لامرأته : قولى أنا طالق لم تطلق حتى تقول لأنه أمر بالإنشاء ، ولو قال لغيره : قل لامرأتى إنها طالقت طلقت قال أو لم يقل ، لأنه أمره بالإخبار وأنه يستدعى سبق الخبر به ، ولو قال له آخر : إن لم تقض حتى اليوم فامرأتك طالتي ، قال نعم وأراد جوابه انعقدت بعينه ، لأن الجواب يستدعى إعادة السؤال ، فكأنه قال : نعم امرأتى طالقت وإن لم أقض حقلك ، ولو قال لها : اعتدى اعتدى وقال نويت واحدة صدق ديانة ويقع ثلاثا في القضاء ، ولو قال : عنيت بالثانية العدة صدق قضاء ، ولو قال : نويت بالأولى طلاقا ولم أنو بالثانية والثالثة شيئا فهي ثلاث لأنهما في حال مذاكرة الطلاق فتنتبه له .

ومن الكتابات الكتابية ، فإذا كتب طلاق امرأته في كتاب أو لوح أو على حائط أو أرض لا يقع إلا بنية . وأصله أن الكتابة حروف منظومة تدل على معان مفهومة كالكلام ، وكتب رسول الله صلى الله عليه وسلم قامت مقام قوله في الدعاء إلى الإسلام حتى وجب على كل من بلغته ، فنقول : إذا كتب ما لا يستين أو كتب في الهواء فليس بشيء ، لأن ما لا يستين في الكتابة كالحجعة (١) والكلام الغير المفهوم ، وإذا كتب ما يستين فلا يخلو إما إن كاف على وجه المخاطبة أولا ، فإن لم يكن على وجه المخاطبة مثل أن يكتب امرأته طالقت فانه يتوقف على النية ، لأن الكتابة تقوم مقام الكلام كالكتابة مع الصريح ، وإن كتب على وجه الخطاب والرسالة مثل أن يقول : يا فلانة أنت طالقت ، أو إذا وصل إليك كتابي فأنت طالقت ، فانه يقع به الطلاق من غير نية ، ولا يصدق لأنه مانوى أنه ظاهره ، ثم إن كان بغير تعليق وقع للحال كأنه قال لها أنت طالقت ، وإن كان معلقا بأن كتب إذا جاءك كتابي فأنت طالقت لا يقع حتى يصل إليها ، لأنه علق الوقوع بشرط فلا يقع قبله ، كما إذا علقه بدخول الدار ، فان وصل الكتاب إلى أبيها فزقه ولم يدفعه إليها إن كان هو المتصرف في أمورها وقع الطلاق لأنه كالوصول إليها ، وإن لم يكن هو المتصرف في أمورها لا يقع وإن أخبرها

(١) الحجاج : الريق ، ومجمع الخط : خلطاه وأفسده بالقلم وغيره اه مغرب .

وَالْفَاطُ الشَّرْطُ : إِنْ وَإِذَا وَإِذَا وَمَتَى وَمَتَى مَا وَكُلُّهُ ، فَإِذَا عَلِقَ
الطَّلَاقُ بِشَرْطٍ وَقَعَ عَقِيْبُهُ وَاتَّخَذَتْ الْيَمِيْنُ وَأَنْتَهَتْ إِلَّا فِي كُلِّمَا ، وَلَا يَصِحُّ
التَّعْلِيْقُ إِلَّا أَنْ يَكُوْنَ الْحَالِفُ مَا لِكَا كَقَوْلِهِ لِامْرَأَتِهِ : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ
فَأَنْتَ طَالِقٌ ؛ أَوْ يَقُوْلُ لِعَبْدِهِ : إِنْ كَلَمْتَ زَيْدًا فَأَنْتَ حُرٌّ ، أَوْ يُضَيِّفُهُ إِلَى
مِلْكٍ كَقَوْلِهِ لِأَجْنَبِيَّةٍ : إِنْ تَزَوَّجْتِكِ فَأَنْتَ طَالِقٌ ، أَوْ كُلُّ امْرَأَةٍ
أَتَزَوَّجُهَا فَهِيَ طَالِقٌ أَوْ كُلُّ عَبْدٍ أَشْتَرِيهِ فَهُوَ حُرٌّ . وَزَوَّالُ الْمَلِكِ لَا يَبْطُلُ
الْيَمِيْنُ ، فَإِنْ وَجِدَ الشَّرْطُ فِي مِلْكٍ اتَّخَذَتْ وَقَعَ الطَّلَاقُ ، وَإِنْ وَجِدَ فِي غَيْرِ
مِلْكٍ اتَّخَذَتْ وَلَمْ يَقَعْ شَيْءٌ ، وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي وُجُوْدِ الشَّرْطِ فَالْقَوْلُ لِلزَّوْجِ
وَالْبَيِّنَةُ لِلْمَرْأَةِ ،

مَا لَمْ يَدْفَعْ إِلَيْهَا لِأَنَّهُ كَالْأَجْنَبِيِّ قَالَ (١) (وَالْفَاطُ الشَّرْطُ : إِنْ وَإِذَا وَإِذَا وَمَتَى وَمَتَى مَا
وَكُلُّهُ) وَلِكُلِّمَا لِأَنَّهَا مُسْتَعْمَلَةٌ فِيهِ وَضَعًا . أَمَّا إِنْ فَشَرَطَ عَضُ لَيْسَ فِيهِ مَعْنَى الْوَقْتُ وَمَا وَرَاءَهَا
فِيهَا مَعْنَى الْوَقْتُ عَلَى مَا يَبْنَاهُ ، وَكَلِمَةٌ كُلٌّ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِأَنَّهَا يَلِيهَا الْأَسْمَاءُ ، وَالشَّرْطُ مَا يَلِيهِ
الْفِعْلُ لِأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ الْبُحْزَاءُ وَهُوَ فِعْلٌ ، إِلَّا أَنَّهُ لَتَتَعَلَّقُ الْفِعْلُ بِالْأَسْمَاءِ الَّذِي يَلِيهَا الْخَبْرُ بِالشَّرْطِ مِثْلُ
قَوْلِهِ : كُلُّ عَبْدٍ أَشْتَرِيهِ فَهُوَ حُرٌّ . قَالَ (فَإِذَا عَلِقَ الطَّلَاقُ بِشَرْطٍ وَقَعَ عَقِيْبُهُ وَاتَّخَذَتْ الْيَمِيْنُ
وَأَنْتَهَتْ) لِأَنَّ الْفِعْلَ إِذَا وَجِدَ ثُمَّ الشَّرْطُ فَلَا تَبْقَى الْيَمِيْنُ (إِلَّا فِي كُلِّمَا) فَانْهَاهَا لِعُمُوْمِ الْأَفْعَالِ ،
قَالَ تَعَالَى - كُلِّمَا نَضَجَتْ جُلُوْدُهُمْ - الْآيَةُ ، وَإِذَا كَانَتْ لِلْعُمُوْمِ يَلْزَمُ التَّكْرَارُ ضَرْوْرَةً حَتَّى
تَقَعَ الثَّلَاثُ الْمَمْلُوْكَاتُ فِي النِّكَاحِ الْقَائِمِ ، فَلَوْ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ وَوَجِدَ الشَّرْطُ لَمْ يَقَعْ
شَيْءٌ خِلَافًا لِزَفْرِ الْمُتَقَضَّى الْعُمُوْمِ . وَلِنَا أَنَّهُ إِنَّمَا عَلِقَ مَا يَمْلِكُهُ مِنَ الطَّلَاقَاتِ ، وَقَدْ أَنْتَهَى
ذَلِكَ وَهُوَ الْبُحْزَاءُ فَتَنْتَهَى الْيَمِيْنُ ضَرْوْرَةً . قَالَ (وَلَا يَصِحُّ التَّعْلِيْقُ إِلَّا أَنْ يَكُوْنَ الْحَالِفُ مَا لِكَا
كَقَوْلِهِ لِامْرَأَتِهِ : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتَ طَالِقٌ ، أَوْ يَقُوْلُ لِعَبْدِهِ : إِنْ كَلَمْتَ زَيْدًا فَأَنْتَ
حُرٌّ ، أَوْ يُضَيِّفُهُ إِلَى مِلْكٍ كَقَوْلِهِ لِأَجْنَبِيَّةٍ : إِنْ تَزَوَّجْتِكِ فَأَنْتَ طَالِقٌ ، أَوْ كُلُّ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا
فَهِيَ طَالِقٌ ، أَوْ كُلُّ عَبْدٍ أَشْتَرِيهِ فَهُوَ حُرٌّ) لِأَنَّهُ لَا يَدْرِي أَنْ يَكُوْنَ الْبُحْزَاءُ ظَاهِرًا لِيَكُوْنَ مَخْوْفًا
لِيَتَحَقَّقَ مَعْنَى الْيَمِيْنِ وَهُوَ الْقُوَّةُ عَلَى الْمَنْعِ أَوْ الْحَمْلُ ، وَلَا ظَهْوَرُ لَهُ إِلَّا بِأَحَدِ هَذَيْنِ . قَالَ
(وَزَوَّالُ الْمَلِكِ لَا يَبْطُلُ الْيَمِيْنُ) لِأَنَّهُ لَمْ يَوْجِدِ الشَّرْطَ (فَإِنْ وَجِدَ الشَّرْطُ فِي مِلْكٍ اتَّخَذَتْ) الْيَمِيْنُ
(وَوَقَعَ الطَّلَاقُ) لِأَنَّ الشَّرْطَ وَجِدَ وَالْمَحْلُ قَابِلٌ لِلْبُحْزَاءِ فَيَنْزِلُ وَيَنْتَهَى الْيَمِيْنُ لِلْمَامَرِ (وَإِنْ
وَجِدَ فِي غَيْرِ مِلْكٍ اتَّخَذَتْ) لَوْجُوْدِ الشَّرْطِ (وَلَمْ يَقَعْ شَيْءٌ) لَعَدِمَ قَبُوْلُ الْمَحْلِ ؛ وَفِي كُلِّمَا
لَا تَتَحَلَّ الْيَمِيْنُ بِوُجُوْدِ الشَّرْطِ حَتَّى يَقَعَ الثَّلَاثُ عَلَى مَا يَبْنَاهُ (وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي وُجُوْدِ الشَّرْطِ
فَالْقَوْلُ لِلزَّوْجِ) لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ وَمَتَمَسِّكٌ بِالْأَصْلِ وَهُوَ الْعَدَمُ (وَالْبَيِّنَةُ لِلْمَرْأَةِ) لِأَنَّهَا مُدْعِيَةٌ مُبْتَنِيَةٌ .

وَمَا لَا يَعْلَمُ إِلَّا مِنْ جِهَتِهَا فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا فِي حَقِّ نَفْسِهَا ، كَقَوْلِهِ : إِنْ حَضِضْتُ فَأَنْتِ طَالِقٌ ، وَقَلَانَةٌ ، فَقَالَتْ حَضِضْتُ طَلَقْتُ هِيَ خَاصَّةٌ ، وَكَذَا التَّعْلِيقُ بِمَحَبَّتِهَا ؛ وَلَوْ قَالَ : إِنْ كُنْتُ تَحِيْنِي أَنْ يُعَذِّبَكَ اللَّهُ بِنَارِ جَهَنَّمَ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَعَبْدِي حَرٌّ ، فَقَالَتْ أَحِبِّ طَلَقْتُ وَلَمْ يَتَّقِ الْعَبْدُ ؛ وَلَوْ قَالَ : إِنْ وَلَدْتُ غُلَامًا فَأَنْتِ طَالِقٌ وَوَاحِدَةٌ ، وَإِنْ وَلَدْتُ جَارِيَةً فَتَيْنَتَيْنِ فَوَلَدْتَهُمَا وَلَا يَدْرِي أَيُّهُمَا أَوَّلًا طَلَقْتُ وَوَاحِدَةٌ ، وَفِي التَّنْزِهِ تَيْنَتَيْنِ ؛ وَلَوْ قَالَ لَهَا : إِنْ جَامَعْتُكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فَأُولَئِهَا وَلَيْتَ سَاعَةً فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ نَزَعَهُ ثُمَّ أَوْلَجَهُ فَعَلَيْكَ مَهْرٌ ، وَلَوْ كَانَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا تَحْصُلُ الْمُرَاجَعَةُ بِالْإِيلَاجِ الثَّانِي .

قال (وما لا يعلم إلا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها ، كقوله : إن حضضت فأنت طالق وفلانة ، فقالت حضضت طلقت هي خاصة) والقياس أن لا تطلق لأنه شرط كثيره من الشروط . وجه الاستحسان أنها أمانة في ذلك ولا يعرف إلا من جهتها ، وقد اعتبر الشرع قولها في ذلك في العدة والوطء ، فكذا هذا إلا أنه في حق ضررها شهادة وهي مهمة فلا يقبل قولها وحدها . قال (وكذا التعليق بمحبها) وهو أن يقول : إن كنت تحييني فأنت طالق وفلانة ، فقالت أحبك طلقت وحدها (ولو قال : إن كنت تحييني أن يعذبك الله بنار جهنم فأنت طالق وعبدى حر ، فقالت أحب طلقت ولم يعق العبد) لما ذكرنا ، ولا يتيقن كذبها لأنها قد تؤثر العذاب على مصيبتها لبغضها إياه ؛ ولو قال لها : إن كنت تحييني بقلبك فأنت طالق ، فقالت أحبك وهي كاذبة طلقت . وقال محمد : لا تطلق لأن المحبة إذا علقت بالقلب يراد بها حقيقة الحب ولم يوجد . ولها أن المحبة فعل القلب فيلغو ذكر القلب فصار كما إذا أطلق ، ولو أطلق تعلق بالإخبار عن المحبة كذا هذا . قال (ولو قال : إن ولدت غلاما ، فأنت طالق واحدة ، وإن ولدت جارية فتنتين فولدتها ولا يدري أيهما أولا طلقت واحدة ، وفي التنزه تنتين) لأن الواحدة متيقنة وفي الثانية شك فلا يقع في القضاء ، والأحوط أن يأخذ بوقوع التنتين وانقضت العدة بيقين ، لأن الطلاق وقع بالولد الأول وانقضت العدة بالثاني . قال (ولو قال لها : إن جامعتك فأنت طالق ثلثا فأولجه ولبت ساعة فلا شيء عليه ، وإن نزعه ثم أولجه فعليه مهر ، ولو كان الطلاق رجعيا تحصل المراجعة بالإيلاج الثاني) وعن أبي يوسف : أنه يجب المهر باللبث في الثلاث ويصير مراجعا به في الواحدة لوجود الجماع بالدوام عليه ، إلا أنه لا يجب الحلد للاتحاد . ولها أن الجماع إدخال الفرج ولا دوام الإدخال . أما إذا أخرج ثم أدخل

وَكَلَّمَ قَالَ لَهَا : أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شَاءَ اللَّهُ ، أَوْ مَا شَاءَ اللَّهُ ، أَوْ مَا كَلَّمَ يَشَاءُ اللَّهُ ،
أَوْ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ لَا يَبْقَى شَيْءٌ إِنْ وَصَلَ ؛ وَكَوَّ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا
وَاحِدَةً طَلَّقْتَ ثِنْتَيْنِ ، وَكَوَّ قَالَ : إِلَّا ثِنْتَيْنِ طَلَّقْتَ وَاحِدَةً ؛ وَلَا يَصِحُّ
اسْتِثْنَاءُ الْكُلِّ مِنَ الْكُلِّ ، فَكَوَّ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا ثَلَاثًا وَقَعَ الثَّلَاثُ
وَبَطَلَ الْاسْتِثْنَاءُ ، وَكَوَّ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا ، وَثَلَاثًا إِلَّا أَرْبَعًا وَقَعَ ثَلَاثٌ ،
قَدْ جَدَّ الْإِدْخَالُ بَعْدَ الطَّلَاقِ ، وَلَمْ يَجِبِ الْحَدُّ لَشَبْهِةِ الْإِحْمَادِ مِنْ حَيْثُ الْمَجْلِسُ وَالْمَقْصُودُ ،
وَإِذَا لَمْ يَجِبِ الْحَدُّ لَمْ يَجِبِ الْعَقْرُ ، لِأَنَّ الْوَطْءَ لَا يَحِلُّ عَنْ أَحَدِهِمَا .

فصل

(ولو قال لها : أنت طالق إن شاء الله ، أو ما شاء الله ، أو ما لم يشأ الله ، أو إلا أن
يشاء الله لا يقع شيء إن وصل) والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « من حلف بطلاق
أو عتاق وقال إن شاء الله متصلا به لاحق عليه ؛ ولأنه تعليق بشرط لا يعلم وجوده فلا يقع
بالشك » ، إذ المعلق بالشرط عدم قبله ، وكذا إذا علقه بمشقة من لا تعلم مشيئته من الخلق
كالملاكمة والسيطان والجن ؛ ويصح الاستثناء موصولا لا مفصولا لما روينا ، ولأنه إذا
سكت ثبت حكم الأول ، فيكون الاستثناء أو التعليق بعده رجوعا عنه فلا يقبل ، ولو سكت
قدر ما تنفس أو عطس أو نجس أو كان بلسانه ثقل فطال تردده ثم قال إن شاء الله صح
الاستثناء ، وإن تنفس باختياره بطل ؛ ولو حرك لسانه بالاستثناء صح عند الكرخي
وإن لم يكن مسموعا . وقال الهندواني : لا يصح ما لم يكن مسموعا ، ولو قال أنت طالق
فجرى على لسانه إن شاء الله من غير قصد لا يقع كما لو قال أنت طالق فجرى لسانه
أو غير طالق ؛ ولو قال : أنت طالق ثلاثا ، وثلاثا إن شاء الله ، أو ثلاثا وواحدة إن شاء
الله بطل الاستثناء ، وقالا : هو صحيح ، وكذا لو قال لعبد : أنت حرّ وحرّ إن شاء الله ،
لأن الكلام واحد وإنما يتمّ بآخره وأنه متصل . ولأبي حنيفة أنه استثناء منقطع لأن قوله
وثلاثا أو واحدة أحرّ لغو لا فائدة فيه فكان قاطعا ؛ ولو قال : أنت طالق واحدة وثلاثا
إن شاء الله صح بالإجماع ، وكذلك أنت طالق وطالق وطالق إن شاء الله لأنه لم يتخلل
بينهما كلام لغو (ولو قال : أنت طالق ثلاثا إلا واحدة طلقت ثنتين ، ولو قال : إلا
ثنتين طلقت واحدة) وأصله أن الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا لأنه يبان أنه أراد بما تكلم
ما وراء المستثنى (ولا يصح استثناء الكل من الكل ، فلو قال : أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا
وقع الثلاث وبطل الاستثناء ، ولو قال : أنت طالق ثلاثا وثلاثا إلا أربعا وقع ثلاث)

وَكُوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً وَوَاحِدَةً بَطْلَ الْإِسْتِنَاءِ ،
وَكُوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ عَشْرَةٌ إِلَّا تِسْعَةً وَقَعْتَ وَاحِدَةً ، وَكُوْ قَالَ إِلَّا
ثَمَانِيَةً فَتَنْتَانِ .

وَمَنْ أَبَانَ امْرَأَتَهُ فِي مَرْضِهِ ثُمَّ مَاتَ وَرِثَتُهُ إِنْ كَانَتْ فِي الْعِدَّةِ ، وَإِنْ
انْقَضَتْ عِدَّتُهَا كَمْ تَرِثُ .

عند أبي حنيفة ، وعلى قياس قولهما تقع واحدة (١) بناء على ما تقدم (ولو قال : أنت
طالق ثلاثاً إلا واحدة واحدة واحدة بطل الاستثناء) لأنه استثنى الكل (ولو قال :
أنت طالق عشرة إلا تسعة وقعت واحدة ، ولو قال : إلا ثمانية فتنتان) وأصله أنه إذا
أوقع أكثر من الثلاث ثم استثنى والكلام كله صحيح فالاستثناء عامل في جملة الكلام ولا
يكون مستثنى من جملة الثلاث التي يصح وقوعها فيقع الاستثناء من جملة الكلام ويقع ما بقي
إن كان ثلاثاً أو أقل ، لأن الاستثناء يتبع اللفظ ولا يتبع الحكم . والجملة المتلفظ بها جملة
واحدة فيدخل الاستثناء عليها فيسقط ما تضمنه الاستثناء ، وتقع بقية الجملة إن كان مما
يصح وقوعه ، ولو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا واحدة وقعت واحدة لأنه يجعل
كل استثناء مما يليه ، فإذا استثنيت الواحدة من الثلاثة بقيت ثنتان ، وإذا استثنيتها من
الثلاث بقيت واحدة ، كأنه قال : أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين ، فإن قال : أنت طالق ثلاثاً
إلا ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدة تقع واحدة لأنه استثنى الواحدة من الثنتين فبقيت واحدة
فيستثنى من الثلاث يبقى ثنتان يستثنى من الثلاث تبقى واحدة ، وكذا لو قال : عشرة
إلا تسعة إلا ثمانية إلا سبعة تقع ثنتان لأنه استثنى السبعة من الثمانية تبقى واحدة ، ثم استثنى
لواحدة من التسعة تبقى ثمانية ، ثم استثنى الثمانية من العشرة تبقى ثنتان ، وعلى هذا جميع
هذا النوع ، وتقريبه أن تعدد العدد الأول يمينك والثاني بيسارك والثالث يمينك والرابع
بيسارك ، ثم أسقط ما اجتمع في يسارك مما اجتمع يمينك فما بقي فهو الموقع .

فصل

(ومن أبان امرأته في مرضه ثم مات ورثته إن كانت في العدة ، وإن انقضت عدتها لم ترث) .

(١) قوله تقع واحدة ، الظاهر أن صوابه يقع ثنتان لا واحدة ، قال في رد المختار
وفي الفتح عن المتنى : أنت طالق ثلاثاً وثلاثاً إلا أربعاً فهي ثلاث عنده لأنه يصير قوله
وثلاثاً فاصلاً لغوا ، وعندهما يقع ثنتان كأنه قال ستاً إلا أربعاً اه مصححه .

وإن أبانها بأمرها ، أو جاءت الفرقة من جهتها في مرضه لم ترث كالمخيرة والمخيرة بسبب الحب والعنة والبلوغ والعنف ، ولو فعلت ما ذكرنا من الخيارات وهي مريضة ورثها إذا ماتت وهي في العدة ، ومرض الموت هو المرض الذي أضناه وأعجزه عن القيام بخواتمه ، فأمّا من يجيء ويذهب بخواتمه ويمم فلا ؛ ولو علق طلاق امرأته بفعله وقعله في المرض ورثت ، وإن علقه بفعل أجنبي أو بمجيء الوقت في المرض مثل قوله : إذا جاء رأس الشهر

وأصله أن الزوجية في مرض الموت سبب يفضي إلى الإرث غالبا ، فابطاله يكون ضررا بصاحبه ، فوجب ردة دفعا لهذا الضرر في حق الإرث ما دامت في العدة كما في الطلاق الرجعي وتعذر إبقاء الزوجية بعد انقضاء العدة لأنه لم يبق له أثر ولا حكم . قال (وإن أبانها بأمرها ، أو جاءت الفرقة من جهتها في مرضه لم ترث كالمخيرة ، والمخيرة بسبب الحب والعنة والبلوغ والعنف) لأننا اعتبرنا قيام الزوجية مع المبطّل نظرا لها ، فإذا رضى المبطّل لم تبق مستحقة للنظر فعمل المبطّل وهو الطلاق عمله (ولو فعلت ما ذكرنا من الخيارات وهي مريضة ورثها إذا ماتت وهي في العدة) لأنها ممنوعة من إبطال حقه فيقينا النكاح في حق الإرث دفعا للضرر عنه إلا في الحب والعنة فإنه لا يرثها لأنه طلاق وهو مضاف إلى الزوج (ومرض الموت هو المرض الذي أضناه وأعجزه عن القيام بخواتمه ، فأمّا من يجيء ويذهب بخواتمه ويمم فلا) وقيل إن أمكنه القيام بخواتمه في البيت وعجز عنها خارج البيت فهو مريض . وعن أبي حنيفة إذا كان مريضاً لا يقوم إلا بشدة وتتعذر عليه الصلاة جالسا فهو مريض ، والمحصور والواقف في صف القتال والمحبوس للرجم والقصاص وراكب السفينة والتنازل في مسبة يخاف الهلاك كالصحيح لأن الغالب فيه السلامة ، ومن قدم للقصاص والرجم أو بارز رجلا أو انكسرت السفينة وبقي على لوح أو وقع في فم سبع كالمرضى ، وكذلك المرأة إذا ضربها الطلق . أما المقعد والمفلوج ومن في معناه كالصحيح ، وإذا كان أحد الزوجين ممن لا يرث الآخر كالعبد والمكاتب مع الحرية ، والجرة الكتابية مع المسلم ، فطلقها ثلاثا في مرضه ثم صار في حال بتوارثان لو لم يقع الطلاق لآثرته ، لأنه لم يتعلق حقها بماله حالة الطلاق فلم يكن فاراً فلا ينهم (ولو علق طلاق امرأته بفعله وقعله في المرض ورثت) سواء كان التعليق في الصحة أو المرض لأنه قصد إضرارها حيث باشر شرط الخنث في المرض ، وسواء كان له بد من الفعل أو لم يكن ، أما إذا كان فظاها ، وأما إذا لم يكن فلأن له بد من التعليق فكان مضافا إليه (وإن علقه بفعل أجنبي أو بمجيء الوقت في المرض مثل قوله : إذا جاء رأس الشهر

فَأَنْتَ طَالِقٌ ، أَوْ إِنْ دَخَلَ فُلَانٌ الدَّارَ أَوْ صَلَّى الظُّهْرَ فَأَنْتَ طَالِقٌ ، فَإِنْ كَانَ التَّعْلِيقُ وَالشَّرْطُ فِي الْمَرَضِ وَرِثَتْ ، وَإِنْ كَانَ التَّعْلِيقُ فِي الصَّحَةِ وَالشَّرْطُ فِي الْمَرَضِ كَمْ تَرِثُ (ز) ، وَإِنْ عَلَّقَهُ بِفِعْلِهَا وَلَهَا مِنْهُ بَدْءٌ كَمْ تَرِثُ عَلَى كُلِّ حَالٍ ، وَإِنْ كَمْ يَكُنْ لَهَا مِنْهُ بَدْءٌ كَالصَّلَاةِ وَكَلَامِ الْأَقَارِبِ وَأَكْلِ الطَّعَامِ وَاسْتِيفَاءِ الدِّينِ وَرِثَتْ (م) .

فَأَنْتَ طَالِقٌ ، أَوْ إِنْ دَخَلَ فُلَانٌ الدَّارَ أَوْ صَلَّى الظُّهْرَ فَأَنْتَ طَالِقٌ ، فَإِنْ كَانَ التَّعْلِيقُ وَالشَّرْطُ فِي الْمَرَضِ وَرِثَتْ (لأنه قصد إضرارها بمباشرة التعليق في المرض حال تعلق حقها بماله (وَإِنْ كَانَ التَّعْلِيقُ فِي الصَّحَةِ وَالشَّرْطُ فِي الْمَرَضِ لَمْ تَرِثْ) خلافاً لـ زفر ، لأن المعلق بالشرط ينزل عند الشرط فصار كالمتجز في المرض . ولنا أنه إنما يصير تعليقاً عند الشرط حكماً لا قصداً ولا ظلم إلا عند القصد (وَإِنْ عَلَّقَهُ بِفِعْلِهَا وَلَهَا مِنْهُ بَدْءٌ كَمْ تَرِثُ عَلَى كُلِّ حَالٍ) لأنها راضية (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا مِنْهُ بَدْءٌ كَالصَّلَاةِ وَكَلَامِ الْأَقَارِبِ وَأَكْلِ الطَّعَامِ وَاسْتِيفَاءِ الدِّينِ وَرِثَتْ) وقال محمد : إذا كان التعليق في الصحة لاثرت لأنه لا صنع له في إبطال الشرط فلم يقصد إبطال حقها . ولها أنها مضطرة إلى المباشرة في هذه الأشياء لما يتعلق بتركها من العقاب في الآخرة والضرر في الدنيا والزوج هو الذي أبلغها إلى المباشرة فينقل فعلها إليه وتصير كالأالة كما قلنا في الإكراه ، وإنما يكون مرض الموت إذا مات منه ، أما لو برأ ثم مات انقطع حكم المرض الأول .

فصل في طلاق المجهولة

أصله أن إضافة الطلاق إلى مجهولة ليس إلا تعليق الطلاق في المعينة بالبيان لأنه لا يقع على مجهولة وإنما يقع على المعينة ، وإنما ينزل بالبيان مقصوراً عليه فكان للبيان حكم الإنشاء في حق المعينة ، والإنشاء لا يملك إلا بملك المحل ، فلو قال لامرأته إحداكما طالق طلقت واحدة منهما بغير عينها إذا لم يكن له نية في معينة منهما لقوله عليه الصلاة والسلام « كل طلاق جائز » الحديث ، ولأن الجهالة مع الخطأ أجرياً مجرى واحد ، ألا ترى أنها يمتنع البيع ، ثم الطلاق يقع مع الحظر فكذا مع الجهالة ، ولأن البيع مع ضعفه يصح مع هذا الضرب من الجهالة حتى جاز بيع قفيز من صبرة فلأن يصح الطلاق معه أولى ، وللنساء أن يخاصمنه ويستعدين عليه إلى القاضي حتى يبين إذا كان الطلاق ثلاثاً أو باتناً ، لأن لكل واحدة منهن حقاً في استيفاء منافع النكاح وأحكامه ، أو التوصل إلى الزوج بزواج آخر ، وكان على الزوج البيان والقول قوله لأنه المحمل كمن أقر بشيء غير معين ، ويجبره القاضي أن يوقع الطلاق على معينة لتحصل الفائدة ، وعليها العدة من حين بين لما تقدم ،

فان لم يبين حتى ماتت إحداهما طلقت الباقية ، لأنه لم يبق من يستحق الطلاق غيرها ؛ وإن قال أردت الميتة لم يرثها وطلقت الباقية ، فيصدق في الميتة على نفسه في إسقاط إرثه ، ولا يصدق على الباقية في صرف الطلاق عنها ، فان ماتتا واحدة بعد الأخرى فقال أردت الأولى لم يرث منهما لأنه سقط من الثانية بطريق الحكم ومن الأولى باعترافه ، ولو ماتتا معا ورث من كل واحدة منهما نصف ميراث ، فان قال أردت إحداهما سقط حقه من ميراثها ويرث من الأخرى نصف ميراثها لأنه لا يصدق في زيادة الاستحقاق ؛ ولو جامع إحداهما تعينت الأخرى للطلاق ، لأن الجماع دليل على تعيين الأخرى للطلاق لاستحالة أن يطلق المطلقة ، وكذلك لو قبلها أو حلف بطلاقها أو ظاهر منها ، لأن هذه الأحكام من خواص الزوجية فصارت كالجماع ؛ ولو طلق إحداهما بعينها وعنى به البيان صدق ، وإن لم ينبو به البيان تعينت الأخرى للطلاق الأول . وعن محمد : لو كان الطلاق واحدة رجعية لم يكن وطء إحداهما بيانا للأخرى ؛ ولو مات الزوج قبل البيان فالميراث بينهما الربع أو الثمن ، لأن إحداهما زوجة قطعاً وليست إحداهما أولى من الأخرى ؛ ولو طلق إحدى نسائه الأربع ثلاثاً ثم اشتبهت وأنكرت كل واحدة أن تكون هي المطلقة لا يقرب واحدة منهن لأنه حرمت عليه إحداهن ، ويمحوز أن تكون كل واحدة . وقد قال أصحابنا : كل ما يباح عند الضرورة لا يجوز التحريم فيه والفروج من هذا الباب ، ولهذا قالوا : إذا اختلطت الميتة بالمذبوحة إنه يتحرى لأن الميتة تباح عند الضرورة . وإن استعدين عليه إلى الحاكم في النفقة والجماع أعدى عليه وحسبه حتى يبين التي طلق منهن ، ويلزمه نفقتهن لأن لكل واحدة منهن حق المطالبة بأحكام النكاح ، فكان على الحاكم إلزامه إيفاء للحق ، ويقضى عليه بنفقتهن لأنها يجب للمعتدة وللزوجة . وينبغي أن يطلق كل واحدة طلقة واحدة ، فإذا تزوجن بغيره جاز له التزوج بهن ، فان لم يتزوجن فالأفضل أن لا يتزوج بواحدة ، ولو تزوج بالثلاث صح نكاحهن وتعينت الرابعة للطلاق ؛ وليس له أن يتزوج بالكل قبل أن يتزوجن بزواج آخر ، فان تزوجت واحدة منهن بزواج ودخل بها ثم تزوج الكل ذكر في الجامع أنه يجوز نكاح الكل ، لأن الظاهر من حال المتزوجة إنما هي المطلقة ثلاثاً حيث أقدمت على النكاح للتحليل ؛ ولو ادعت كل واحدة أنها المطلقة ثلاثاً يحلف الزوج فان نكل وقع على كل واحدة الثلاث ، لأنه بالنكول صار باذلاً أو مقراً لها بالثلاث ، وإن حلف من فالحكم كما قلنا قبل اليقين . وعن محمد : إذا حلف لإحدى المراتين طلقت الأخرى ، وإن لم يحلف للأولى طلقت ، وإن تشاحا على اليقين حلف لهما بالله ما طلق واحدة منهما ، فان حلف فالأمر على ما كان ، وإن نكل طلقتا على ما بينا ، فان وطئ

باب الرجعة

الطَّلَاقُ الرَّجْعِيُّ لَا يَحْرِمُ الْوَطْءَ ، وَلِالزَّوْجِ مُرَاجَعَتُهَا فِي الْعِدَّةِ بِغَيْرِ رِضَاها
وَتَثْبُتُ الرَّجْعَةُ بِقَوْلِهِ ، رَاجَعْتُكَ ، وَرَدَدْتُكَ ، وَأَمْسَكْتُكَ ،
وَبِكُلِّ فِعْلٍ تَثْبُتُ بِهِ حُرْمَةُ الْمُصَاهَرَةِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ ،

إحداهما فالتى لم يطأها مطلقة حلالاً لأمره على الصلاح أنه لم يطأها حراماً .

باب الرجعة

وهي مصدر رجعه يرجعه رجعا ورجعة : إذا أعاده وردّه ، يقال : رجعت الأمر إلى
أوائله : إذا رددته إلى ابتدائه . قال :

عسى الأيام أن يرجفن قوما كالذى كانوا

وفي الشرع ردّ الزوجة إلى زوجها وإعادتها إلى الحالة التي كانت عليها . قال (الطلاق
الرجعي لا يحرم الوطء) وهو أن يطلق الحرة واحدة أو ثنتين بصريح الطلاق من غير عوض
والدليل عليه قوله تعالى - وبعولتهن أحقّ بردهنّ - والبعل هنا الزوج ، ولا زوج إلا بقيام
الزوجة ، وقيام الزوجة يوجب حلّ الوطء بالنص والإجماع ، ولأن الله تعالى أثبت
للزوج حقّ الردّ من غير رضاها ، والإنسان إنما يملك ردّ المتكوحة إلى الحالة التي كانت
عليها قبل الطلاق فلا يكون النكاح زائدا ما دامت العدة باقية فيحلّ الوطء . قال (والزوج
مراجعتها في العدة بغير رضاها) لما تلونا ولا خلاف فيه ، ولأن قوله تعالى - في ذلك -
أى في العدة لأنها مذكورة قبله ، ولقوله تعالى - فأمسكوهنّ بمعروف - والمراد الرجعة
لأنه ذكره بعد الطلاق ، ثم قال - أو فارقوهنّ بمعروف - ولقوله عليه الصلاة والسلام
لعمر « مر ابنك فليراجعها » . قال (وتثبت الرجعة بقوله : راجعتك ورجعتك
ورددتك ، وأمسكتك) لأنه صريح فيه . قال (وبكلّ فعل تثبت به حرمة المصاهرة من
الجانين) لقوله تعالى - فأمسكوهنّ بمعروف - والإمسك بالفعل أقوى منه بالقول ، ولأن
الرجعة استدانة النكاح واستبقاؤه وهذه الأفعال تدلّ على ذلك ، وليست الرجعة بابتداء
نكاح على ما زعمه بعضهم ، لأننا أجمعنا على أنه يملكها من غير رضاها ولا يشترط فيها
الإيجاب والقبول ، ولا يجب فيها مهر ولا عوض ، لأن العوض إنما يجب عوضا عن ملك
البيع ، والبيع في ملكه ، ولو كان نكاحا مبتدأ لوجب . والخلو ليس برجعة ، لأنه
لم يوجد ما يدلّ على الرجعة لا قولاً ولا فعلاً . ولا يصحّ تعليق الرجعة بالشروط لأنه استدراك
فلا يصحّ بالتعليق كاستقاط الخيار ، ولو قال لها : أنت عندي كما كنت أو أنت امرأتى

وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُشْهَدَ عَلَى الرَّجْعَةِ ، فَإِنْ قَالَ لَهَا بَعْدَ الْعِدَّةِ : كُنْتُ رَاجِعْتُكَ فِي الْعِدَّةِ فَصَدَّقْتُهُ صَحَّتِ الرَّجْعَةُ ، وَإِنْ كَذَّبَتْهُ لَمْ تَصِحَّ وَلَا يَمِينُ عَلَيْهَا (سم) وَإِنْ قَالَ لَهَا : رَاجِعْتُكَ ، فَقَالَتْ يُحِبُّهُ لَهْ : انْقَضَتْ عِدَّتِي فَلَا رَجْعَةَ (سم) وَإِذَا قَالَ زَوْجُ الْأَمَةِ : رَاجِعْتُهَا فِي الْعِدَّةِ وَصَدَّقَهُ الْمَوْلَى (سم) ، وَكَذَّبَتْهُ الْأُمَةُ أَوْ بِالْعَكْسِ فَلَا رَجْعَةَ ،

ونوى الرجعة صحَّ وإلا فلا ، ويستحبُّ أن يعلمها بالرجعة لتتخلص من قيد العدة ، وإن لم يعلمها جاز ، وليس له أن يسافر بها حتى يشهد على رجعتها لأنه لا يجوز للمعتدة الخروج من منزلها ، فإذا راجعها لم تبق معتدة فيجوز لها الخروج ، وإليه الإشارة بقوله تعالى - لا تخرجوهن من بيوتهن - . قال (ويستحبُّ أن يشهد على الرجعة) لأن النصوص الدالة على الرجعة خالية عن قيد الشهادة ، ولما تقدم أنها استدامة للنكاح ، والشهادة ليست بشرط حالة الاستدامة ، وإنما استحبابه تحمزا عن التجاحد ، وهو محمل قوله تعالى عقيب ذكر الرجعة والطلاق - وأشهدوا ذوى عدل منكم - وهكذا هو محمول في الطلاق أيضا توفيقا بينه وبين النصوص الدالة على جواز الرجعة ووقوع الطلاق الخالية عن قيد الإشهاد (فإن قال لها بعد العدة : كنت راجعتك في العدة فصدقته صحت الرجعة ، وإن كذبت لم تصح) لأنه منهم في ذلك وقد كذبت فلا يثبت إلا ببينة ، فإذا صدقته ارتفعت التهمة (ولا يمين عليها) عند أبي حنيفة ، وهى مسألة الاستحلاف في الأشياء الستة ، وقد سبقت في الدعوى بتوفيق الله تعالى (وإن قال لها : راجعتك ، فقالت بحبيبه له : انقضت عدتي فلا رجعة) وقالوا : تصحَّ الرجعة لأن الرجعة لا تتوقف على قبولها ، فلما قال راجعتك صحت الرجعة لأن الظاهر بقاء العدة ، ولهذا لو قال طلقك ، فقالت قد انقضت عدتي وقع الطلاق فصار كما إذا سكنت ساعة ثم قالت . ولأبي حنيفة أنها لما أخبرت بانقضاء عدتها فالظاهر تقدم انقطاع الدم على ذلك لأنها أخبرت بلفظ الماضي ، والظاهر أنها صادقة ، وأقرب أوقات الماضي وقت قوله ، ومسئلة الطلاق على الخلاف ، ولئن سلمت فنقول : الطلاق يقع بناء على إقراره ، ولو أقر بعد انقضاء العدة حكم به ، بخلاف ما إذا سكنت ساعة لأنها تثبت الرجعة بسكوته فلا يقبل قولها بعد ذلك . قال (وإذا قال زوج الأمة : راجعها في العدة وصدقه المولى وكذبت الأمة أو بالعكس فلا رجعة) وقالوا : إذا صدقه المولى صحت الرجعة لأنه أقر له بما هو خالص حقه فصار كما إذا أقر عليها بالنكاح . ولأبي حنيفة أن القول قولها في العدة والرجعة تنبئ عليها ، وأما إذا كذب المولى وصدقته فعن أبي حنيفة روايتان ، والفرق على إحدى الروايتين أن العدة منقضية في الحال وصار ملك المتعة للمولى

وَإِذَا انْقَطَعَ الدَّمُ فِي الْحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ لِعَشْرَةِ أَيَّامٍ انْقَطَعَتِ الرَّجْعَةُ وَإِنْ لَمْ تَغْتَسِلْ ، وَإِنْ انْقَطَعَ لِأَقَلِّ مِنْ عَشْرَةِ أَيَّامٍ لَمْ تَنْقَطِعْ حَتَّى تَغْتَسِلَ أَوْ يَمْضِيَ عَلَيْهَا وَقْتُ صَلَاةٍ أَوْ تَتَيَّمَّ وَتُصَلِّيَ (مز) ، وَفِي الْكِتَابِيَّةِ تَنْقَطِعُ الرَّجْعَةُ بِمَجْرَدِ انْقِطَاعِ الدَّمِ ، فَإِنْ اغْتَسَلْتَ وَنَسِيتَ شَيْئًا مِنْ بَدَنِهَا ، فَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ عَضْوِ انْقِطَاعِ الرَّجْعَةِ ، وَلَا تَحِلُّ لِلزَّوْجِ ، وَإِنْ كَانَ عَضْوًا لَمْ تَنْقَطِعْ ، وَمَنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَامِلٌ وَقَالَ : لَمْ أَجَامِعْهَا فَلَهُ الرَّجْعَةُ ، وَإِنْ قَالَ ذَلِكَ بَعْدَ الْخُلُوةِ الصَّحِيحَةِ فَلَا رَجْعَةَ لَهُ ،

فَلَا تَمْلِكُ إِطَالَهُ . قَالَ (وَإِذَا انْقَطَعَ الدَّمُ فِي الْحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ لِعَشْرَةِ أَيَّامٍ انْقَطَعَتِ الرَّجْعَةُ وَإِنْ لَمْ تَغْتَسِلْ) لِأَنَّهُا خَرَجَتْ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ فَقَدْ انْقَضَتِ الْعِدَّةُ (وَإِنْ انْقَطَعَ لِأَقَلِّ مِنْ عَشْرَةِ أَيَّامٍ لَمْ تَنْقَطِعْ حَتَّى تَغْتَسِلَ ، أَوْ يَمْضِيَ عَلَيْهَا وَقْتُ صَلَاةٍ ، أَوْ تَتَيَّمَّ وَتُصَلِّيَ) لِاحْتِمَالِ عَوْدِ الدَّمِ فَلَا بَدَّ مِنْ دُخُولِهَا فِي حُكْمِ الطَّاهَرَاتِ وَذَلِكَ بِالْفُسْلِ أَوْ بِمَضْيِ وَقْتُ صَلَاةٍ لِأَنَّهُا تَصِيرُ مُحَاطَبَةً بِهَا ، وَهُوَ مِنْ أَحْكَامِ الطَّاهَرَاتِ ، وَكَذَا إِذَا تَيَّمَّتْ وَصَلَتْ ، وَالْقِيَاسُ أَنْ تَنْقَطِعَ بِمَجْرَدِ التَّيَّمِّ ، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ وَزَفَرٍ ، لِأَنَّ التَّيَّمَّ كَالْفُسْلِ عِنْدَ عَدَمِ الْمَاءِ . وَجِهَ الْاسْتِحْصَانُ أَنَّ التَّيَّمَّ إِنَّمَا أُعْتَبِرَ طَهَارَةُ ضَرُورَةٍ كَيْلَا تَضَاعَفَ عَلَيْهِ الْوَاجِبَاتُ ، أَمَا إِذَا مَطَّرَ فِي نَفْسِهِ فَلَا بَلَّ هُوَ مَلُوثٌ ، وَهَذِهِ الضَّرُورَةُ تَحْتَقِقُ إِذَا أَرَادَتِ الصَّلَاةُ لِأَقْبَلِ ذَلِكَ وَلَا كُنْكَ الْفُسْلَ وَلَوْ تَيَّمَّتْ وَقَرَأَتِ الْقُرْآنَ أَوْ مَسَّتِ الْمَصْحَفَ أَوْ دَخَلَتِ الْمَسْجِدَ . قَالَ الْكِرْخِيُّ : انْقَطَعَتِ الرَّجْعَةُ لِأَنَّهُا مِنْ أَحْكَامِ الطَّاهَرَاتِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ الرَّازِيُّ : لَا لِأَنَّهُا لَيْسَتْ مِنْ أَحْكَامِ الصَّلَاةِ وَلَوْ اغْتَسَلَتْ بِسُورِ الْحَمَارِ انْقَطَعَتْ ، وَلَا تَحِلُّ لِلزَّوْجِ أَخْذًا بِالِاحْتِيَاظِ (وَفِي الْكِتَابِيَّةِ تَنْقَطِعُ الرَّجْعَةُ بِمَجْرَدِ انْقِطَاعِ الدَّمِ) لِأَنَّهُ لَا غُسْلَ عَلَيْهَا فَصَارَتْ كَالْمُسْلِمَةِ إِذَا اغْتَسَلَتْ (فَإِنْ اغْتَسَلَتْ وَنَسِيتَ شَيْئًا مِنْ بَدَنِهَا ، فَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ عَضْوِ انْقِطَاعِ الرَّجْعَةِ وَلَا تَحِلُّ لِلزَّوْجِ) لِأَنَّهُ قَلِيلٌ يَتَسَارَعُ إِلَيْهِ الْخُفَافُ فَلَمْ يَتَيَقَّنْ بِعَدَمِ غُسْلِهِ ، فَقَلْنَا بِانْقِطَاعِ الرَّجْعَةِ وَعَدَمِ حُلِّ الزَّوْجِ أَخْذًا بِالِاحْتِيَاظِ (وَإِنْ كَانَ عَضْوًا لَمْ تَنْقَطِعْ) لِأَنَّهُ كَثِيرٌ لَا يَتَسَارَعُ إِلَيْهِ الْخُفَافُ فَافْزَقَا ، وَالْمُضْمَضَةُ وَالِاسْتِنْشَاقُ كَالْعَضْوِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لِأَنَّ الْحَدَّثَ بَاقٍ فِي عَضْوِ . وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا لَوْ قَوَّعَ الْاِخْتِلَافُ فِي فُرْضَيْهِمَا فَيَنْقَطِعُ حَقُّ الرَّجْعَةِ ، وَلَا تَحِلُّ لِلزَّوْجِ احْتِيَاظًا . قَالَ (وَمَنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَامِلٌ وَقَالَ لَمْ أَجَامِعْهَا فَلَهُ الرَّجْعَةُ) وَكَذَا إِذَا وَلَدَتْ مِنْهُ لِأَنَّ الْحَبْلَ وَالْوِلَادَةَ فِي وَقْتٍ يُمْكِنُ حَبْلُهُ مِنْهُ يَحْمِلُ مِنْهُ ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ » وَإِذَا كَانَ مِنْهُ كَانَ وَاطِنًا ، وَالطَّلَاقُ بَعْدَ الْوَطْءِ يُعَقِّبُ الرَّجْعَةَ (وَإِنْ قَالَ ذَلِكَ بَعْدَ الْخُلُوةِ الصَّحِيحَةِ فَلَا رَجْعَةَ لَهُ) لِأَنَّ الرَّجْعَةَ إِنَّمَا تُثَبِّتُ عَقِيبُ الطَّلَاقِ فِي مَلِكٍ مُتَأَكِّدٍ بِالْوَطْءِ ، وَقَدْ أَقْرَأَ بِعَدَمِ الْوَطْءِ فَيُثَبِّتُ فِيهَا لَهُ وَالرَّجْعَةُ حَقُّهُ ، بِخِلَافِ الْمَهْرِ

وَإِذَا قَالَ لَهَا : إِذَا وَلَدْتَ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَوَلَدَتْ ثُمَّ وَلَدَتْ آخَرَ مِنْ بَطْنٍ أُخْرَى فَهِيَ رَجْعَةٌ ، وَالْمُطَلَّقةُ الرَّجْعِيَّةُ تَتَشَوَّفُ وَتَتَزَيَّنُ وَيُسْتَحَبُّ لِرُزُوجِهَا أَنْ لَا يَدْخُلَ عَلَيْهَا حَتَّى يُوْذِيَهَا ، وَلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ مُطَلَّقةً الْمُبَانَةَ بِدُونِ الثَّلَاثِ فِي الْعِدَّةِ وَبَعْدَهَا ، وَالْمُبَانَةُ بِالثَّلَاثِ لَا تَحِلُّ لَهُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ نِكَاحًا صَحِيحًا ، وَيَدْخُلُ بِهَا ثُمَّ تَبَيَّنَ مِنْهُ ، وَلَا تَحِلُّ لِلأَوَّلِ بِمِلْكِ الْبَيْمَنِ وَلَا بِوَطْءِ الْمُوتَى وَالشَّرْطُ هُوَ الْإِبْلَاجُ دُونَ الْإِنْزَالِ ،

لأن وجوبه بناء على تسليم المبدل لأعلى قبضه . قال (وإذا قال لها : إذا ولدت فأنت طالق فولدت ثم ولدت آخر من بطن أخرى فهي رجعة) لأن الطلاق وقع بالولد الأول ، والولد الآخر يكون من علق آخر في العدة حملا لحالهما على الصلاح فيصير مراجعا بالوطء لأنها لم تقر بانقضاء عدتها . قال (والمطلقة الرجعية تشوف وتزين) (١) لقيام النكاح بينها وبين الزوج على ما بينا ، والرجعة مستحبة والزينة حاملة عليها فتجوز (ويستحب لزوجه أن لا يدخل عليها حتى يوذىها) إذا لم يكن قصده الرجعة لاحتمال أن يقع نظره عليها وهي متجردة فتحصل الرجعة ثم يطلقها فتطول عليها العدة . قال (وله أن يتزوج مطلقته المبانة بدون الثلاث في العدة وبعدها) لأن حل الحلية باق إذ زواله بالثالثة ولم توجد ، وإنما لا يجوز لغيره في العدة تحمزا عن اشتباه الأنساب وهو معلوم في حقه (والمبانة بالثلاث لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم تبين منه) لقوله تعالى - فإن طلقها - يعني الثالثة - فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره - والنكاح المطلق في الشرع ينصرف إلى الصحيح حتى لو دخل بها في نكاح فاسد لا تحل للأول ، وقوله - حتى تنكح - يقتضى الدخول لما ذكرنا أن النكاح الشرعى هو الوطء ولقوله زوجا ونكاح الزوج لا يكون إلا بالوطء ، ويدل عليه الحديث المشهور وهو ما روى في الصحيح « أن عائشة بنت عبد الرحمن بن عتيك القرظي كانت تحت ابن عمها رفاعة بن وهب فطلقها ثلاثا فجاءت إلى النبي عليه الصلاة والسلام فقالت : يا رسول الله إني كنت تحت رفاعة فطلقني فبنت طالق ، فتزوجت عبد الرحمن بن الزبير وإنما معه مثل هدبة الثوب ، فتبسم صلى الله عليه وسلم وقال : أتريدن أن ترجعي إلى رفاعة ؟ قالت : نعم ، فقال : حتى ينوق عسيلتك وتلوق عسيلته » وسواء دخل بها في حيض أو نفاس أو إحرام لحصول الدخول (ولا تحل للأول بملك البمين ولا بوطء المولى) لأن الشرط نكاح زوج غيره ولم يوجد (والشرط هو الإيلاج دون الإنزال) لحصول نكاح زوج غيره ، والحديث ورد

(١) التشف خاص بالوجه ، والتزين عام بالمبدن فهو من عطف العام على الخاص

وَأَنْ يَكُونَ الْمُحْلَلُ يُجَامِعُ مِثْلَهُ ، فَانْ تَزَوَّجَهَا بِشَرْطِ التَّحْلِيلِ كُرْهَ (س) وَحَلَّتْ لِلأَوَّلِ (سم) ، وَالزَّوْجُ الثَّانِي يَهْدِمُ مَا دُونَ الثَّلَاثِ (م) ، وَكَتَوَ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا فَقَالَتْ : قَدْ انْقَضَتْ عِدَّتِي وَتَحَلَّلْتُ وَانْقَضَتْ عِدَّتِي وَالْمُدَّةُ تَحْتَمِلُهُ وَغَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ صِدْقُهَا جَازَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا

باب الإيلاء

على غالب الحال ، فإن الغالب في الجماع الإنزال أو نقول الكتاب عرى عن ذكر الإنزال فلا يزداد عليه . قال (هـ أن يكون المحلل يجامع مثله) سواء كان مراهقاً أو بالغاً لوجود الشرط وهو الإيلاج ، ولا يجوز صغير لا يقدر على الإيلاج لعدم الوعد المراد من النكاح : قال (فان تزوجها بشرط التحليل كره وحلت للأوّل) وقال أبو يوسف : النكاح فاسد لأنه كالمؤقت ولا تحلّ للأوّل لنفساده . وقال محمد : هو جائز لشرط الجواز ولا تحلّ للأوّل لأنه عجل ما أخره الشرع فبعاقب بالمنع قتل المورث . ولأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « لعن الله المحلل والمحلل له » ومراده النكاح بشرط التحليل فيكره للحديث وتحلّ للثاني لأنه عليه الصلاة والسلام سماه محلاً وهو المثلث للحلّ ، أو نقول وجد الدخول في نكاح صحيح ، لأن النكاح لا يفسد بالشرط فتحلّ للأوّل ، ولو تزوجها بقصد التحليل ولم يشترطه حلت للأوّل بالإجماع ، والطلقتان في الأمة كالثلاث في الحرّة لما مرّ . قال (والزواج الثاني يهدم ما دون الثلاث) وصورته إذا طلق امرأته طليقة أو طليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزواج آخر ودخل بها ثم طلقها وانقضت عدتها ثم تزوجها الأوّل عاود إليه بثلاث طلاقات ، وهدم الزوج الثاني الطليقة والطلقتين كما هدم الثلاث : وقال محمد وزفر : تعود إلى الأوّل بما بقي من الثلاث في النكاح الأوّل ، لأن الزوج الثاني إنما يثبت الحلّ إذا انتهى ، والحلّ لم ينته لأنها تحلّ له بالعقد قبله فلا يكون مثبتاً له . ولنا أنه وطء من زوج ثان فرفع الحكم المعلق بالطلاق كما في الثلاث . قال (ولو طلقها ثلاثاً فقالت : قد انقضت عِدَّتِي وَتَحَلَّلْتُ وَانْقَضَتْ عِدَّتِي وَالْمُدَّةُ تَحْتَمِلُهُ وَغَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ صِدْقُهَا جَازَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا) لأنه إن كان أمراً دينياً فقول الواحد فيه مقبول كرواية الأخبار والإنخبار عن القبلية وطهارة الماء ، وإن كان معاملة فقول الواحد مقبول في المعاملات على ما عرف ، وتماه يعرف في باب العدة إن شاء الله تعالى :

باب الإيلاء

وهو في اللغة : مطلق اليمين ، قال :
قليل الألياء حافظ ليمينه وإن بدرت منه الألية بدرت

إذا قال : والله لأقربك ، أو لأقربك أربعة أشهر فهو مؤل ، وكذلك لو حلف بحج أو صوم أو صدقة أو عتق أو طلاق ، فان قربها في الأربعة الأشهر حنث وعليه الكفارة وبطل الإيلاء ، وإن لم يقربها ومضت أربعة أشهر بانت بتطبيقه ؛

وفي الشرع : العين على ترك وطء المنكوحة مدة مخصوصة ، وقيل الحلف على ترك الوطء المكسب للطلاق عند مضى أربعة أشهر ، فالاسم الشرعي فيه معنى اللغة . وألفاظه صريح وكناية ، فالصريح لاحتياج إلى نية مثل قوله : لأقربك ، لأجامعك ، لأطوك ، لأغتسل منك من جنابة ، لأتفضلك إن كانت بكرا . والكناية : لأمسك ، لا آتيك ، لأدخل بك ، لأغشاك ، لأجمع رأسي ورأسك شيء ، لأبيت معك على فراش ، لأضاجعك ، لأقرب فراشك ونحوه ، ولا بد فيه من النية . وقال محمد : إذا قال : والله لا يمسن جلدك لا يكون مؤلأ لأنه يقدر على جماعها بغير مماسة بأن يلف على ذكره حريرة ولأنه يحسن بغير الجماع ، والمولى من يقف حثته على الجماع خاصة . والأصل أن المولى من لا يمكنه قربان امرأته إلا بشيء يلزمه لأن حرمة الوطء إنما تنتهي بالحنث والحنث موجب للكفارة أو بشيء يلزمه ، ولا يكون الإيلاء إلا بالحلف على ترك الجماع في الفرج لأن حقها في الجماع في الفرج فيتحقق النظم . قال (إذا قال : والله لأقربك ، أو لأقربك أربعة أشهر فهو مؤل) والأصل فيه قوله تعالى - للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر - الآية ، فتكون مدة الإيلاء أربعة أشهر من غير زيادة ولا نقصان ، إذ لو كانت المدة أقل من ذلك أو أكثر لم يكن في التنصيص على الأربعة فائدة . قال (وكذلك لو حلف بحج أو صوم أو صدقة أو عتق أو طلاق) مثل أن يقول : إن قربتك لله على الحج ، أو يقول : فله على صوم كذا ، أو يجعل الجزاء صدقة ، أو عتق عبد ، أو طلاقها أو طلاق غيرها ، لأن العين موجودة في ذلك كله ، لأن العين بغير الله تعالى شرط وجزاء ، لأن المقصود منها الحمل أو المنع ، وهذه الأشياء توجب ذلك لما تتضمنه من المشقة ، ولأنه لا يمكنه قربانها إلا بشيء يلزمه ، وإذا وجدت العين فقد وجدت الإيلاء فدخل تحت النص ولو قال : إن قربتك فعل أن أصلي ركعتين أو أغزو لم يكن مؤلأ . وقال محمد : هو مؤل لأنه يصح إيجابها بالنذر كالصوم والصدقة . ولما أن الصلاة ليست في حكم العين حتى لا يحلف بها عادة فصار كصلاة الجنازة وصحبة التلاوة (فان قربها في الأربعة الأشهر حنث) لوجود شرطه (وعليه الكفارة) لأن الحنث موجب للكفارة (وبطل الإيلاء) لما بينا أن العين تنحل بالحنث (وإن لم يقربها ومضت أربعة أشهر بانت بتطبيقه) هذا مذهب عامة الصحابة وتفسير قوله تعالى - فان عزموا الطلاق - أي عزموا الطلاق بالإيلاء

فلان كانت البعثة أشهر فقد تحلّت ، وإن كانت مؤبدة فإن عاد
فنزوّجها عاد الإيلاء على الوجه الذي بينا ، فإن وطئها في الأربعة الأشهر
من وقت التزوّج حنث وإلا وقعت أخرى ، فإن عاد فنزوّجها فكذلك ،
فإن تزوّجها بعد تزوّج آخر فلا إيلاء ، فإن وطئ كفر للحنث ، وأقل
مدة الإيلاء في الحرّة أربعة أشهر ، ومدة إيلاء الأمة شهران ، وإن آلى
من المطلقة الرجعية فهو مؤل ، ومن البائنة لا ،

السابق وهي قراءة ابن مسعود رضي الله عنه ، وعنه وعن ابن عباس رضي الله عنهما :
عزم الطلاق انقضاء الأربعة الأشهر من غير فيء . وقراءة ابن مسعود رضي الله عنه - فإن
فاموا فبين - أي في الأربعة الأشهر ، ولأنه تعالى قال - للذين يؤلون - ثم قال - فاموا ،
وإن عزموا الطلاق - وهذه الفاء للتقسيم ، فأحد القسمين يكون في المدة وهو الفاء ،
والآخر بعدها وهو الطلاق كقوله تعالى - وإذا طلقتم النساء - ثم قال - فأمسكنهن بمعروف
أو سرّوهن - لما ذكر المدة وجاء بالفاء كان للتقسيم ، وكان الإمساك وهو الرجعة
في المدة والتسريح وهو البينة بعدها فكذلك هنا . قال (فإن كانت البينة أربعة أشهر
فقد انحلت) لانقضاء المدة (وإن كانت مؤبدة ، فإن عاد فنزوّجها عاد الإيلاء على الوجه
الذي بينا) لبقاء البينة ، لأن البينة لا تنتهي إلا بالحنث أو بمضي المدة المؤقتة ، وإن لم يقع
طلاق آخر قبل التزوّج ، لأن الحرمة مضافة إلى البينة لا إلى الإيلاء فلم يوجد المنع بالبينة
فاذا تزوّجها ارتفعت الحرمة الثابتة بالبينة وبقيت حرمة الإيلاء ، فوجد منع الحق فترتب
عليه حكمه (فإن وطئها في الأربعة الأشهر من وقت التزوّج حنث وإلا وقعت أخرى)
لما بينا (فإن عاد فنزوّجها فكذلك) لما مرّ (فإن تزوّجها بعد زوج آخر فلا إيلاء) معناه :
أنه لا يقع الطلاق بمضي المدة لانتهاء ما كان يملكه من الطلاق في النكاح الأول وفيه خلاف
زفر وقد تقدم ، إلا أن البينة باقية لعدم الحنث (فإن وطئ كفر للحنث) قال (وأقل مدة
الإيلاء في الحرّة أربعة أشهر) فلو آلى أقل من أربع أشهر لا يكون مؤل ، لقول ابن عباس
رضي الله عنهما : لا إيلاء فيما دون أربعة أشهر ، ولما مرّ (ومدة إيلاء الأمة شهران) لما
عرف أن الرق منصف ، وأنها مدة ضربت للبينة فتتصرف كالعدة ، والآية تناولت
الحرائر دون الإماء ، لأن اسم النساء والزوجات عند الإطلاق ينصرف إلى الحرائر دون الإماء
لأن معنى الأزواج في الإماء ناقص ، لأن للمولى أن يستخدمها ولا يوتئها بيت الزوج ،
والاسم عند الإطلاق ينصرف إلى الكامل ، فإن اعتقت في مدة الإيلاء تصير أربعة أشهر
كما في العدة . قال (وإن آلى من المطلقة الرجعية فهو مؤل ، ومن البائنة لا) لقيام الزوجية

وإن قال : لأقربك شهرين بعد شهرين فهو مول ؛ ولو قال : لأقربك سنة إلا يوماً فليس بمول (٥) ،

وحل الوطء في الأولى على ما بينا دون الثانية ، فكانت الأولى من نسايم دون الثانية ؛ ولو حلف لا يقرب زوجته وأمه ، أو زوجته وأجنبية لا يصير مولياً ما لم يقرب الأجنبية أو أمته ، فإذا قربها صار مولياً ، لأنه لا يمكنه قربانها بعد ذلك إلا بالكفارة ؛ ولو قال لها : لأقرب إحداكما لا يكون مولياً كما إذا قال لزوجته وأمه : إحداكما طالق ، فإن قرب إحداهما لزمته الكفارة للحنث ؛ ولو قال لها : لأقرب واحدة منكما كان مولياً من امرأته ، لأن النكوة في النفي تعم ، ولو قرب واحدة منهما حنث ؛ ولو قال : أنت على مثل امرأة فلان ، وقد كان فلان آلى من امرأته ، فإن نوى الإيلاء كان مولياً وإلا فلا ؛ ولو قال : أنت على كالميتة ونوى الميئن يكون مولياً لأنه بمنزلة الكناية ؛ ولو آلى من امرأته ثم قال لأخرى : أشركتك في إيلاء هذه لا يصير مولياً ، بخلاف الطلاق والظهار ، لأنه لو اشتركا في الإيلاء يتغير حكم الإيلاء وهو لزوم الكفارة بقربان الأولى وحدها ، وإذا صح الاشتراك لا يجب الكفارة ما لم يقربهما ، ولا يمكن تغيير الميئن بعد انعقادها ، ولا كذلك الطلاق والظهار . وعن الكرخي : لو قال لامرأته : أنت على حرام ، ثم قال لأخرى : أشركتك معها كان مولياً منهما ، لأن إثبات الشركة هنا لا يغير موجب الميئن وهو إثبات الحرمة ، فانه لو قال : أنها على حرام كان مولياً من كل واحدة منهما على حدة ، ويلزمه بوطء كل واحدة كفارة ، بخلاف قوله : والله لأقربكما لأنه إيلاء لما يلزمه من هتك حرمة الاسم وذلك لا يتحقق إلا بقربانها ؛ وإذا آلى العبد من امرأته فملكته لا يبقى الإيلاء ، فلو باعته أو أعنته ثم تزوجها عاد الإيلاء كما إذا حلف بعق عبده إن وطئها فباعه ثم استردّه عاد الإيلاء ؛ ولو قال : إن قربتك فكل مملوك أملكه في المستقبل حر فهو مول . وقال أبو يوسف : لا يكون مولياً لأنه يمكنه قربانها من غير شيء يلزمه بأن يقربها ولا يملك مملوكاً أصلاً . ولها أنه لا يقدر على الامتناع عن جميع أسباب التملكيات كالإرث ، إذ في الامتناع عن الجميع مشقة ومضرة ، وعلى هذا لو قال : فكل امرأة أتزوجها فهي طالق ، وعلى هذا إذا علق وطأها بعق عبده بعينه ، لأبي يوسف أنه يقدر على وطئها بغير شيء يلزمه بأن يبيعه ثم يطلأها . ولها أنه لا يوصل إلى ذلك إلا بالحنث غالباً أو بالبيع وأنه مشقة أيضاً (وإن قال : لأقربك شهرين بعد شهرين فهو مول) لأن الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع ؛ ولو سكت ساعة ثم قال : وشهرين بعد الشهرين الأولين لا يكون مولياً ، لأن ابتداء الميئن الثانية حين حلف فقد تخلل بين الأربعة الأشهر وقت ليس مولياً فيه فلم توجد مدة الإيلاء . قال (ولو قال : لأقربك سنة إلا يوماً فليس بمول)

وَإِذَا كَانَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ مَرِيضًا لَا يَقْدِرُ عَلَى الْجَمَاعِ ، أَوْ هُوَ مَجْبُوبٌ ، أَوْ هِيَ رَتْقَاءُ أَوْ صَغِيرَةٌ ، أَوْ بَيْنَهُمَا مَسِيرَةٌ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ، أَوْ مَجْبُوسَا لَا يَقْدِرُ عَلَيْهَا ، فَقَالَ فِي مَدَّةِ الْإِبْلَاءِ : فَبِتُّ إِلَيْهَا سَقَطَ الْإِبْلَاءُ إِنْ اسْتَمَرَ الْعَذْرُ مِنْ وَقْتِ الْحَلْفِ إِلَى آخِرِ الْمَدَّةِ ، فَإِذَا قَدَرَ عَلَى الْجَمَاعِ بَعْدَ ذَلِكَ فِي الْمَدَّةِ لَزِمَهُ الْقِيَاءُ بِالْجَمَاعِ ؛

خلافًا لزرر ، وهو يصرف اليوم إلى آخر السنة كالإجارة فصار كما إذا تلفظ به : ولنا أنه يمكنه قربانها من غير شيء يلزمه وذلك في اليوم المستثنى وهو يوم منكر له أن يجعله أي يوم شاء ، فإن قربها وقد بقي من السنة أربعة أشهر صار موليا لسقوط الاستثناء بخلاف الإجارة لأنه يصرف إلى آخر السنة تصحيحا لها لأنها لا تنصح مع التنكير .

فصل

(وَإِذَا كَانَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ مَرِيضًا لَا يَقْدِرُ عَلَى الْجَمَاعِ ، أَوْ هُوَ مَجْبُوبٌ ، أَوْ هِيَ رَتْقَاءُ ، أَوْ صَغِيرَةٌ ، أَوْ بَيْنَهُمَا مَسِيرَةٌ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ، أَوْ مَجْبُوسَا لَا يَقْدِرُ عَلَيْهَا ، فَقَالَ فِي مَدَّةِ الْإِبْلَاءِ : فَبِتُّ إِلَيْهَا سَقَطَ الْإِبْلَاءُ إِنْ اسْتَمَرَ الْعَذْرُ مِنْ وَقْتِ الْحَلْفِ إِلَى آخِرِ الْمَدَّةِ) رَوَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ .

اعلم أن النِّقَاءَ عبارة عن الرجوع ، يقال : فَاءَ الظِّلَّ : إِذَا رَجَعَ ، وَلَمَّا قَصِدَ الْمَوْلَى بِالْمَيِّمِ مَنَعَ حَقَّهَا مِنَ الْوَطْءِ سَمِيَ الرَّجُوعُ عَنْهُ فَيْثًا ، قَالَ تَعَالَى - فَإِنْ قَامُوا - أَيْ رَجَعُوا عَنْ قَصْدِهِمْ ، وَالنِّقَاءُ نَوْعَانِ بِالْجَمَاعِ وَالْقَوْلُ عِنْدَ عَدَمِهِ ، فَالنِّقَاءُ بِالْجَمَاعِ يُطْلَقُ الْإِبْلَاءُ فِي حَقِّ الطَّلَاقِ وَالْحَنْثِ جَمِيعًا ، وَالنِّقَاءُ بِاللِّسَانِ بَدَلٌ عَنِ النِّقَاءِ بِالْجَمَاعِ فِي إِبْطَالِ الطَّلَاقِ دُونَ الْحَنْثِ حَتَّى لَوْ قَرَّبَهَا بَعْدَ ذَلِكَ لَزِمَتْهُ الْكَفَّارَةُ ؛ وَالبَدَلُ إِنَّمَا يَعْتَبَرُ حَالَةَ الْعَجْزِ عَنِ الْأَصْلِ فَيَعْتَبَرُ الْعَجْزُ عَنِ الْجَمَاعِ مُسْتَدَامًا مِنْ وَقْتِ الْإِبْلَاجِ إِلَى تَمَامِ الْمَدَّةِ ، حَتَّى لَوْ قَدَرَ عَلَى الْجَمَاعِ فِي بَعْضِ الْمَدَّةِ فَبَيَّوْهُ الْجَمَاعَ لِأَخِيرٍ ، لِأَنَّهُ لَمَّا قَدَرَ عَلَيْهِ وَلَمْ يَفْعَلْهُ فَالْتَقْصِيرُ جَاءَ مِنْ قَبْلِهِ فَلَا يَعْتَبَرُ عَاجِزًا ، رَوَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ وَابْنِ عَبَّاسٍ وَابْنِ مَسْعُودٍ وَجَمَاعَةٍ مِنَ التَّابِعِينَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ . وَصِفَةُ النِّقَاءِ أَنْ يَقُولَ : فَبِتُّ إِلَيْكَ أَوْ رَجَعْتَ إِلَيْكَ . وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَقُولُ : اشْهَدُوا أَنِّي قَدْ فَبِتُّ إِلَى امْرَأَتِي وَأَبْطَلْتُ إِبْلَاءَهَا ، وَهَذِهِ الشَّهَادَةُ احْتِطَاءً بِحُتْرَازِهَا عَنِ التَّجَاحُدِ لِأَشْرَاطِهَا ، وَهَذَا لِأَنَّهُ أَوْحَشَهَا بِالْكَلَامِ بِذِكْرِ الْمَنَعِ فَيَرْضَاهَا بِالرَّجُوعِ عَنْهُ حَقِيقَةً بِالْوَطْءِ . فَإِذَا لَمْ يَقْدِرْ عَلَيْهِ يَرْضَاهَا بِغَايَةِ مَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ وَهُوَ الْوَعْدُ بِاللِّسَانِ فَيَرْفَعُ الظُّلْمَ (فَإِذَا قَدَرَ عَلَى الْجَمَاعِ بَعْدَ ذَلِكَ فِي الْمَدَّةِ لَزِمَهُ النِّقَاءُ بِالْجَمَاعِ) لِأَنَّهُ قَدَرَ عَلَى الْأَصْلِ قَبْلَ حُصُولِ الْمَقْصُودِ بِالْحَلْفِ ، وَلَوْ آتَى مِنْ أَمْرَاتِهِ وَبَيْنَهُمَا أَقَلٌّ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ إِلَّا أَنَّهُ يَنْعَمُ

وإن قال لامرأته : أنت على حرام ، فإن أراد الكذب صدق ، وإن أراد الطلاق فواحدة بائنة ، وإن نوى الثلاث فثلاث ، وإن أراد الظهار فظهار (م) وإن أراد التحريم أو لم يرد شيئا فهو إيلاء .

باب الخلع

وهو أن تقتدي المرأة بنفسها بمال ليخلعها به ، فإذا فعلا لزمها المال ووقعت تطليقة بائنة ،

السلطان أو العلو أو كان أحدهما محرما واستمر الإحرام أربعة أشهر لا يصح فيه إلا بالجماع لأنه قادر عليه . وقال زفر : في الإحرام فيوه القول ، لأن المنع من جهة الشرع وهو الحزمة فكان عدرا . قلنا الحزمة حق الشرع ، والوطء حقها ، وحق العبد مقدم على حق الشرع بأمره . قال (وإن قال لامرأته : أنت على حرام فإن أراد الكذب صدق) لأنه حقيقة كلامه ، وقيل لا يصدق لأنه يمين ظاهرا (وإن أراد الطلاق فواحدة بائنة) لأنه من الكتابات (وإن نوى الثلاث فثلاث) وقد مر (وإن أراد الظهار فظهار) لأن في الظهار نوع حرمة وقد نواه بالمطلق فيصدق لأنه من باب الحجاز . وقال محمد : لا يكون ظهرا لعدم التشبيه بالحزمة (وإن أراد التحريم أو لم يرد شيئا فهو إيلاء) لأن تحريم الحلال يمين هذا هو الأصل وموضعه كتاب الإيمان ، والمتأخرون من أصحابنا صرفوا لفظة التحريم إلى الطلاق حتى قالوا يقع بغير نية ، وألحقوه بالصريح لكثرة الاستعمال فيه والعرف .

باب الخلع

وهو في اللغة : القلع والإزالة ، قال تعالى - فاخلع نعليك - ومنه خلع القميص إذا أزاله عنه ، وخلع الخلافة : إذا تركها وأزال عنه كلفها وأحكامها . وفي الشرع : إزالة الزوجية بما تعطيه من المال ، وهو في إزالة الزوجية بضم الخاء ، وإزالة غيرها بفتحها ، كما اختص إزالة قيد النكاح بالطلاق وفي غيره بالإطلاق . قال (وهو أن تقتدي المرأة بنفسها بمال ليخلعها به ، فإذا فعلا لزمها المال ووقعت تطليقة بائنة) والأصل في جوازه قوله تعالى - فإن خضم أن لا يقيا حلود الله فلا جناح عليهما فيما افئدت به - وإنما تقع تطليقة بائنة لقوله عليه الصلاة والسلام « الخلع تطليقة بائنة » ولأنه كناية فيقع به بائنا لما مر ولا يحتاج إلى نية ، إما لدلالة الحال ، أو لأنها ما رضىت يبذل المال إلا تمكك نفسها وتخرج من نكاحه ، وذلك بالبينونة وهو مذهب عمر وعثمان وعلي وابن مسعود رضى الله عنهم والخلع من جانبته تعليق الطلاق بقبولها فلا يصح رجوعه عنها ، ولا يبطل بقيامه من المجلس

وَيَكْرَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا شَيْئًا إِنْ كَانَ هُوَ النَّاشِئَ ، وَإِنْ كَانَتْ هِيَ النَّاشِئَةَ كَرِهَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ أَكْثَرَ مِمَّا أُعْطَاهَا ، وَإِنْ أَخَذَ مِنْهَا أَكْثَرَ مِمَّا أُعْطَاهَا حَلٌّ لَهُ ؛ وَكَذَلِكَ إِنْ طَلَّقَهَا عَلَى مَالٍ فَقَبِلَتْ وَقَعَ الطَّلَاقُ بَاتِنًا وَيَتَرْتَبُهَا الْمَالُ بِالْإِزْمَامِ ، وَمَا صَلَحَ مَهْرًا صَلَحَ بَدَلًا فِي الْخُلْعِ ، فَإِذَا بَطَلَ الْبَدَلُ فِي الْخُلْعِ كَانَ بَاتِنًا وَفِي الطَّلَاقِ يَكُونُ رَجْعِيًّا ؛

وَيَصِحُّ مَعَ غَيْبَتِهَا ، فَإِذَا بَلَغَهَا كَانَ لَهَا خِيَارُ الْقَبُولِ فِي مَجْلَسِ عِلْمِهَا ، وَيَجُوزُ تَعْلِيْقُهُ بِالْشَّرْطِ وَالْإِضَافَةِ إِلَى الْوَقْتِ كَقَوْلِهِ : إِذَا قَدِمَ فُلَانٌ أَوْ إِذَا جَاءَ فُلَانٌ قَدْ خَالَعْتُكَ عَلَى أَلْفٍ يَصِحُّ ، وَالْقَبُولُ لَهَا إِذَا قَدِمَ فُلَانٌ أَوْ جَاءَ غَدًا ، وَالْخُلْعُ مِنْ جَانِبِهَا تَمْلِكُ بَعْوَضَ كَالْبَيْعِ فَيَصِحُّ رَجُوعُهَا قَبْلَ قَبُولِهِ وَيُطْلَقُ بِقِيَامِهَا مِنَ الْمَجْلَسِ ، وَلَا يَتَوَقَّفُ حَالُ غَيْبَتِهَا ، وَلَا يَجُوزُ التَّعْلِيْقُ مِنْهَا بِشَرْطٍ وَلَا الْإِضَافَةُ إِلَى وَقْتٍ ؛ وَلَوْ خَالَعَهَا بِأَلْفٍ عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَالْخِيَارُ بَاطِلٌ ، وَإِنْ قَالَ عَلَى أَنَّهَا بِالْخِيَارِ فَكَذَلِكَ عِنْدَهَا لِأَنَّ الْخُلْعَ طَلَاقٌ وَبَيِّنٌ وَلَا خِيَارَ فِيهَا . وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ الْخِيَارُ لَهَا صَحِيحٌ ، فَإِنْ رَدَّتْهُ فِي الثَّلَاثِ بَطَلَ الْخُلْعُ ، لِأَنَّ الْخُلْعَ طَلَاقٌ مِنْ جَانِبِهَا تَمْلِكُ مِنْ جَانِبِهَا فَيَجُوزُ الْخِيَارُ لَهَا دُونَهُ . قَالَ (وَيَكْرَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا شَيْئًا إِنْ كَانَ هُوَ النَّاشِئُ) قَالَ تَعَالَى - وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا - فَحَمَلْنَاهُ عَلَى الْكَرَاهِيَةِ عَمَّا بِالنَّصِّ الْأَوَّلِ ، وَقِيلَ هِيَ نَهَى تَوْبِيخَ لَالْحَرِيمِ (وَإِنْ كَانَتْ هِيَ النَّاشِئَةُ كَرِهَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ أَكْثَرَ مِمَّا أُعْطَاهَا) لَمَّا رَوَى هَذَا جَمِيلَةُ بِنْتُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي إِبْنِ سُلُوفٍ ، وَقِيلَ حَبِيبَةُ بِنْتُ سَهْلِ كَانَتْ تَحْتَ ثَابِتِ بْنِ قَيْسِ بْنِ شِمَاسٍ ، فَأَتَتْ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَتْ : يَا رَسُولَ اللَّهِ لَأَنَا وَلَا هُوَ ، فَأَرْسَلَ رَسُولُ اللَّهِ إِلَى ثَابِتٍ ، فَقَالَ : قَدْ أُعْطِيَتْهَا حَدِيثَةً ، فَقَالَ لَهَا : أَرَدْتِ عَلَيْهِ حَدِيثَهُ وَتَمْلِكِينَ أَمْرِي ؟ فَقَالَتْ نَعَمْ وَزِيَادَةً ، قَالَ : أَمَا الزِّيَادَةُ فَلَا ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : يَا ثَابِتُ خُذْ مِنْهَا مَا أُعْطِيَتْهَا وَلَا تَرُدَّ وَخُلْ سَبِيلَهَا ، فَفَعَلَ وَأَخَذَ الْحَدِيثَةَ ، فَزَلَّ قَوْلُهُ تَعَالَى - وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا بِمَا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا - إِلَى قَوْلِهِ - فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ - ، (وَإِنْ أَخَذَ مِنْهَا أَكْثَرَ مِمَّا أُعْطَاهَا حَلٌّ لَهُ) بِمَطْلُوقِ الْآيَةِ . قَالَ (وَكَذَلِكَ إِنْ طَلَّقَهَا عَلَى مَالٍ قَبِلَتْ وَقَعَ الطَّلَاقُ بَاتِنًا) لَمَّا قُلْنَا (وَيُلْزِمُهَا الْمَالُ بِالْإِزْمَامِ) وَلِأَنَّهُ مَا رَضِيَ بِالطَّلَاقِ إِلَّا لِيَسْلَمَ لَهُ الْمَالُ الْمُسَمَّى ، وَقَدْ وَرَدَ الشَّرْعُ بِهِ فَيُلْزِمُهَا . قَالَ (وَمَا صَلَحَ مَهْرًا صَلَحَ بَدَلًا فِي الْخُلْعِ) لِأَنَّ الْبِضْعَ حَالُ الدِّخُولِ مُتَقَوِّمٌ دُونَ حَالِ الْخُرُوجِ ، فَإِذَا صَلَحَ بَدَلًا لِلْمُتَقَوِّمِ فَلَانٌ يَصْلَحُ لِغَيْرِ الْمُتَقَوِّمِ أَوَّلَى . قَالَ (فَإِذَا بَطَلَ الْبَدَلُ فِي الْخُلْعِ كَانَ بَاتِنًا ، وَفِي الطَّلَاقِ يَكُونُ رَجْعِيًّا) وَكَذَلِكَ مِثْلُ أَنْ يَخَالَعَهَا عَلَى خَمْرٍ أَوْ خَنْزِيرٍ أَوْ مَيْتَةٍ وَنَحْوِهِ ؛ أَمَا وَقَعِ الطَّلَاقُ فَلِأَنَّهُ عُلِقَ بِقَبُولِهَا وَقَدْ وَجَدَ ؛ وَأَمَّا الْبَيِّنَةُ فِي الْخُلْعِ فَلِأَنَّهُ كِتَابَةٌ ، وَالرَّجْعِيُّ فِي الطَّلَاقِ

وإن قالت : خالعتني على ما في يدي وليس في يديها شيء فلا شيء عليها ؛
وتلو قالت : على ما في يدي من مال ، أو على ما في بيتي من متاع ولا شيء
في يديها ولا متاع في بيتها ردت عليه مهرها ؛ وتلو خلع ابنته الصغيرة على
مالها لا يلزمها شيء ، وفي الكبيرة يتوقف على قبولها ، وتلو ضمن المال
لزمه في المسألتين ؛

لأنه صريح ولا يجب الزوج عليها شيء ، لأن البضع لا قيمة له عند الخروج وهي ما سمت
له مالا فيغتر به ، ولأنه لا سبيل إلى المسمى للإسلام ولا إلى غيره لعدم الالتزام ، بخلاف
النكاح ، لأن البضع متقوم حالة الدخول ، ومهر المثل كالمسمى شرعا ، وبخلاف ما إذا
خالعها على هذا الدن من الخلع فاذا هو خير لأنها سمت له مالا فاغتر به ، وبخلاف العتق
والكتابة على خمر حيث تجب قيمة العبد لأنه ملك متقوم وما رضى بخروجه بغير عوض ،
ولا كذلك البضع حالة الخروج على ما بينا ؛ ولو خلعها على عبد فاذا هو حر رجع بالمهر .
وعند أبي يوسف بقيمته لو كان عبدا ؛ ولو خلعها على ثوب ولم يسم جنسه ، أو على دابة
فله المهر ، وفي العبد الوسط كما في المهر ، وكذا على ثوب هروى فطلع مرويا يرجع بهروى
وسط ، ولو خلعها على دراهم معينة فاذا هي ستوقه رجع بالجهاذ ، ولا يرد بدل الخلع
إلا ببيع فاحش كما في المهر ، ولو خلعها بغير مال وقال لم أنو الطلاق صدق لأنه كناية ،
ولا يصدق إذا كان على مال ، لأن البذل لا يجب إلا بالبنونة (وإن قالت : خالعتني على
ما في يدي وليس في يديها شيء فلا شيء عليها) وكذا لو قالت : على ما في بيتي ولا شيء
في بيتها لأنها لم تسم المال لم تغره (ولو قالت : على ما في يدي من مال ، أو على ما في بيتي
من متاع ولا شيء في يديها ولا متاع في بيتها ردت عليه مهرها) والأصل في ذلك أنه متى
أطعمته في مال متقوم فلم يسلم له لفقده وعلمه رجع عليها بالمهر لأنها غرت فيه حيث أطعمته
في مال ، والمغرور يرجع على الغار بالبذل ، فاذا فات المشروط المطمع فيه زال ملكه
مجانا فيلزمها أداء البذل وهو ملك البضع ، وقد عجزت عن رده فيلزمه رد قيمته وهو
المهر ؛ ولو خالعها بما لها عليه من المهر ولم يبق لها عليه شيء من المهر لزمها رد المهر ،
وإن علم الزوج أن لامهر لها عليه ولا متاع لها في البيت لا يلزمها شيء ؛ ولو قالت : على
ما في يدي من دراهم أو من الدراهم ولا شيء في يديها لزمها ثلاثة دراهم لأنها سمت الدراهم
وأقل الجمع ثلاثة . قال (ولو خلع ابنته الصغيرة على مالها لا يلزمها شيء) لأنه لا نظر
لها فيه ، إذ البذل متقوم والمبدل لا قيمة له على ما بينا (وفي الكبيرة يتوقف على قبولها)
لأنه لا ولاية له عليها فصار كالفضول (ولو ضمن المال لزمه في المسألتين) لأن شرط بدل
الخلع على الأجنبية جائز فعلى الأب أولى ؛ ولو اختلعت الصغيرة نفسها على صداقها وقع

وَتَوَقَّاتٌ : طَلَّقْنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً فَقَعَلَهَا ثَلَاثُ الأَلْفِ ، وَكَوَتْ
عَالَتْ عَلَى أَلْفٍ فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً فَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا (سَم) وَهِيَ رَجْعِيَّةٌ ؛ وَكَوَتْ فَكَالَ
لَهَا : طَلَّقْنِي سَمَةً . أَيْ ثَلَاثًا بِأَلْفٍ أَوْ عَلَى أَلْفٍ فَطَلَّقَتْ وَاحِدَةً لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ ؛
وَتَوَقَّاتٌ لَهَا : أَنْتِ طَالِقٌ وَعَلَيْكَ أَلْفٌ فَقَبِلْتَ طَلَّقْتَ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا (سَم) ،

الطلاق لأنه علقه بقبولها ، ولا يسقط الصداق لأنها ليست من أهل الالتزام لما فيه من الضرر
ولو خلعها أبوها على صداقها لا يسقط ، ثم إن قبلت الصغيرة الخلع وقع الطلاق ، وإن
قبل الأب فيه روايتان : في رواية لا يقع لأنه كالأجنبي إذا لم يضاف البذل إلى نفسه ،
ويحتمل أن الخلع مضرة بها فلا يقوم بقوله مقام قبولها . وفي رواية يقع لأنه نفع محض
بالخلاص من عهده فصار كقبول المبة ، ولو ضمن الأب الصداق رجع الزوج عليه وإلا
فلا ، وكذلك الأجنبي لأنه متى ضمن البذل فالخلع يتم بقبوله لا بقبولها لأنه يجب البذل عليه
بالتزامه من ملكه ولا يجب عليه إلا إذا وقع العقد معه . قال (ولو قالت : طلقني ثلاثا
بألف فطلقها واحدة فعليها ثلث الألف ، ولو قالت : على ألف فطلقها واحدة فلا شيء
عليها وهي رجعية) وقالوا : هما سواء لأن على كالباء في المعاوضات ، لأن قوله احل
هذا بدرهم وعلى درهم سواء . ولأبي حنيفة أن حروف الباء للمعاوضة وهي تصحب الأعراس
فينقسم العوض على الموضع ، وإذا وجب المال كانت بائنة ، أما على فانها للشرط
قال تعالى - يابعنك على أن لا يشركن بالله شيئا - أى بهذا الشرط ، وكذا لو قال : أنت
طالق على أن تدخلني الدار كان شرطا ، والمشروط لا ينقسم على أجزاء الشرط ، لأن وجوب
الألف صار معلقا بالتطبيق ثلاثا فلا يلزم قبله ، لأن المعلق عدم قبل وجود الشرط ، وإذا
لم يجب المال فقد طلقها بصريح الطلاق فكانت رجعية (ولو قال لها : طلق نفسك ثلاثا
بألف أو على ألف فطلقك واحدة لم يقع شيء) لأنه ما رضى بالبينونة إلا ليسلم له جميع
الألف بخلاف المسألة الأولى لأنها لما رضيت بالبينونة بالألف فلا ترضى ببعضها كان
أولى (ولو قال لها : أنت طالق وعليك ألف فقبلت طلقت ولا شيء عليها) وكذلك إن
لم تقبل ، وقالوا : إن قبلت فعليها الألف ، وإلا لاشيء عليها ، لأن هذا الكلام يستعمل
للمعاوضة ، يقال : اعمل هذا ولك درهم كقوله بدرهم ، وله أن قوله وعليك ألف
لا ارتباط له بما قبله ، إذ الأصل ذلك ولا دلالة على الارتباط ، لأن الطلاق يوجد بدون
المال . بخلاف البيع والإجارة فانهما لا يشتركان عن وجوب المال ، ولو قال لعبد : أنت
حرّ وعليك ألف فعل الخلاف ؛ ولو قالت له : اخلعني على ألف فقال مجيبا لها : أنت
طالق كان كقوله خلعتك ؛ ولو قال : بعث منك طلاقك بمهرك ، فقالت : طلقت
نفسى بانت منه بمهرها بمنزلة قولها اشتريت ؛ ولو قال : بعث منك تطليقة ، فقالت

والمبارأة كالمخلع يسقطان كل (مم) حتى لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يمتلئ بالنكاح حتى لو كان قبل الدخول وقد قبضت المهر لا يرجع عليها بشيء ويعتبر خلع المريضة من الثلث .

اشترت نفع واحدة رجعية مجانا لأنه صريح . قال (والمبارأة كالمخلع يسقطان كل حتى لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح حتى لو كان قبل الدخول وقد قبضت المهر لا يرجع عليها بشيء) ولو لم تقبض شيئا لا يرجع عليه بشيء ، ولو خالعا على مال آخر لزما وسقط الصداق . وقال محمد : لا يسقط فيها إلا ما سماه وأبو يوسف معه في الخلع ومع شيخه في المبارأة . محمد أنه تعدد العمل بحقيقة التظنين على ما يأتي فجعلنا كتابة عن الطلاق على مال فلا يجب إلا ما سماه . ولأبي يوسف أن المبارأة مفاعلة من البراءة وقضيها البراءة من الجانبين مطلقا ، إلا أنا اقتصرنا على ما وقعت المبارأة لأجله وهو حقوق النكاح . أما الخلع فيقتضي الانحلال ، وقد حصل الانحلال من النكاح فلا حاجة إلى حقوقه . ولأبي حنيفة أن الخلع عبارة عن الانحلال والانتزاع على ما مر في أول الباب ، والمبارأة كما قال أبو يوسف تقتضي الانحلال والبراءة من الجانبين ، ونفس النكاح لا يحتمل الانحلال والبراءة ، وحقوقه تقبل ذلك فتقع البراءة عنها ليحصل ما هو المقصود من الخلع وهو انقطاع المشاجرة بين الزوجين ، أو نقول يعمل باطلاقهما في النكاح وأحكامه وحقوقه بدلالة العوض ، ولو وقع الخلع بلفظ البيع والشراء فالأصح أنه يوجب البراءة عند أبي حنيفة ولو اختلفا ولم يذكر المهر ولا بدلا آخر فالصحيح أنه يسقط ما بقي من المهر وما قبضته فهو لها ، وإن ذكرنا نفقة العدة سقطت وإلا فلا لأنها لم تجب بعد ، ولا تقع البراءة عن نفقة الولد وهي مئونة الرضاع إلا بالشرط لأنها لم تجب لها ، فان شرط البراءة منها في الخلع وقتا بأن قال إلى سنة أو سنتين سقطت ، فان مات الولد قبل تمام المدة رجع عليها بما بقي من أجر مثل الرضاع إلى تمام المدة ، والحيلة لعدم الرجوع أن يقول : خالعتك على كذا ، أو على نفقة الولد إلى سنتين ، فان مات في بعض المدة فلا رجوع لي عليك . قال (ويعتبر خلع المريضة من الثلث) لأنه لا قيمة للبضع عند الخروج ، وليس من الحوائج الأصلية فكان كالوصية ، وهذا إذا ماتت بعد العدة أو قبل الدخول ، فأما إذا ماتت وهي في العدة فلزوج الأهل من الميراث ، ومن المهر إن كان يخرج من الثلث ، وإن لم يخرج فله الأهل من ميراثها ومن الثلث .

فصل

إذا اختلعت المكتبة لزما المال بعد العتق لأنه تبرع ، وسواء كان باذن المولى أو بغيره

باب الظهار

وَهُوَ أَنْ يُشَبَّهَ امْرَأَتُهُ أَوْ عَضْوًا يُعْبَرُ بِهِ عَنْ بَدَنِهَا أَوْ جُزْءًا شَائِعًا مِنْهَا بِعَضْوٍ لَا يَحِلُّ النَّظَرُ إِلَيْهِ مِنْ أَعْضَاءِ مَنْ لَا يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُهَا عَلَى التَّأْيِيدِ ، وَحُكْمُهُ : حُرْمَةُ الْجِمَاعِ وَدَوَاعِيهِ حَتَّى يُكْفَرَ ،

إِذْهَ لَأَنَّهَا مَحْجُورَةٌ عَنِ التَّبَرُّعَاتِ ، وَلَوْ اخْتَلَعَتِ الْأُمَّةُ وَأُمُّ الْوَلَدِ بِإِذْنِ الْمَوْلَى لَزِمَهُمَا لِلْحَالِ وَإِذَا خَلَعَ الْأُمَّةُ مَوْلَاهَا مِنْ زَوْجِهَا الْحَرِّ عَلَى رَقَبَتِهَا صَحَّ الْخُلْعُ بِغَيْرِ شَيْءٍ ، وَلَوْ كَانَ الزَّوْجُ مَكَاتِبًا أَوْ عَبْدًا أَوْ مَدْبِرًا جَازَ الْخُلْعُ وَصَارَتْ أُمَّةٌ لِلسَّيِّدِ ، وَالْفَرْقُ أَنَّهَا تُصِيرُ مَمْلُوكَةً لِلْمَوْلَى فَلَا يَنْفُسُخُ النِّكَاحُ ، وَفِي الْحَرِّ لَوْ صَارَتْ مَمْلُوكَةً لَهُ بَطُلَ النِّكَاحُ فَيُظَلِّعُ الْخُلْعُ .
أَمَّا نَحْتُ حَرِّ خُلْعِهَا الْمَوْلَى عَلَى رَقَبَةٍ إِحْدَاهُمَا بِمِثْلِهَا بَطُلَ الْخُلْعُ فِيهَا وَضَحَّ فِي الْأُخْرَى وَيُقَسَّمُ الثَّمَنُ عَلَى مِثْلِهِمَا ، فَمَا أَصَابَ مَهْرٌ إِلَى صَحِّ خُلْعِهَا فَهُوَ لِلزَّوْجِ مِنْ رَقَبَةِ الْأُخْرَى ، وَلَوْ خُلِعَ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا عَلَى رَقَبَةِ الْأُخْرَى وَقَعَ الطَّلَاقَانِ بِاتِّبَاعِ بَغْيِ شَيْءٍ ، لِأَنَّهُ قَارَنُ وَقُوعِ الطَّلَاقِ عَلَى كُلِّ وَاحِدَةٍ وَقُوعِ الْمَلِكِ فِي رَقَبَتِهَا فَتُحْدَرُ لِإِجَابَةِ الْعَوَضِ ، وَلَوْ طَلَّقَ كُلُّ وَاحِدَةٍ عَلَى رَقَبَةٍ صَاحِبَتِهَا يَقَعُ رَجْعِيٌّ .

باب الظَّهَارِ

وَهُوَ فِي اللَّفْظِ مُشْتَقٌّ مِنْ لَفْظِ الظَّهَرِ ، يُقَالُ : ظَاهَرَ يَظْهَرُ ظَهَارًا ، وَأَصْلُهُ قَوْلُ الرَّجُلِ لَامْرَأَتِهِ : أَنْتَ عَلَى كَظْهَرِ أُمِّي ، ثُمَّ انْتَقَلَ إِلَى غَيْرِهِ مِنَ الْأَعْضَاءِ ، وَإِلَى غَيْرِهَا مِنَ الْحُرِّمَاتِ (وَهُوَ أَنْ يُشَبَّهَ امْرَأَتُهُ أَوْ عَضْوًا يُعْبَرُ بِهِ عَنْ بَدَنِهَا) كَالرَّأْسِ وَالْوَجْهِ (أَوْ جُزْءًا شَائِعًا مِنْهَا) كَالثَلَاثِ وَالرَّبِيعِ (بِعَضْوٍ لَا يَحِلُّ النَّظَرُ إِلَيْهِ) كَالظَّهَرِ وَالْقُفْضِ وَالْبَطْنِ وَالْفَرْجِ ، لِأَنَّ الْكُلَّ فِي مَعْنَى الظَّهَرِ فِي الْحُرْمَةِ (مِنْ أَعْضَاءِ مَنْ لَا يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُهَا عَلَى التَّأْيِيدِ) كَأُمِّهِ وَبَنَتِهِ وَجَدَّتِهِ وَعَمَّتِهِ وَخَالَاتِهِ وَأَخْتَهُ وَغَيْرَهُنَّ مِنَ الْحُرِّمَاتِ عَلَى التَّأْيِيدِ ، لِأَنَّ الْكُلَّ كَالْأُمِّ فِي تَأْيِيدِ الْحُرْمَةِ (وَحُكْمُهُ : حُرْمَةُ الْجِمَاعِ وَدَوَاعِيهِ حَتَّى يُكْفَرَ) تَحْجُزًا عَنِ الْوُقُوعِ فِيهِ كَمَا فِي الْإِحْرَامِ ، بِخِلَافِ الْخِيضِ فَإِنَّهُ يَكْفَرُ وَقُوعُهُ فِيحْرَجُ وَلَا كَلَالَةَ لِلظَّهَارِ ، وَكَانَ فِي الْبَاهِلِيَّةِ طُلَاقًا فَعَجَلَهُ الشَّرْعُ مُوجِبًا حُرْمَةً مُنْهَاجَةً بِالْكَفَّارَةِ . وَالْأَصْلُ فِيهِ جَدِثُ خَوْلَةٍ بِنْتِ ثَعْلَبَةٍ ، وَقِيلَ بِنْتُ خُوَيْلِدٍ كَانَتْ نَحْتُ أَوْسَ بْنِ اللَّصَامِ وَكَانَا مِنَ الْأَنْصَارِ فَأَرَادَهَا فَأَبَتْ عَلَيْهِ ، فَقَالَ : أَنْتَ عَلَى كَظْهَرِ أُمِّي فَكَانَ أَوَّلُ ظَهَارٍ فِي الْإِسْلَامِ ، ثُمَّ نَدِمَ وَكَانَ الظَّهَارُ طُلَاقًا فِي الْبَاهِلِيَّةِ ، فَقَالَ : مَا أَظُنُّكَ إِلَّا قَدْ حَرَمْتَ عَلَيَّ ، فَقَالَتْ : وَاللَّهِ مَا ذَاكَ بِطُلَاقٍ ، فَأَنْتَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَتْ : إِنْ أَوْسَا تَزَوَّجْنِي وَأَنَا شَابَةٌ غَنِيَّةٌ ذَاتُ مَالٍ وَأَهْلٌ ، حَتَّى

إِنْ جَامَعَ قَبْلَ التَّكْفِيرِ اسْتَغْفَرَ اللَّهَ تَعَالَى ، وَالْعَوْدُ الَّذِي تَجِبُ بِهِ الْكَفَّارَةُ أَنْ يَنْزِمَ عَلَى وَطْئِهَا ، وَيَنْبَغِي لَهَا أَنْ تَمْنَعَ نَفْسَهَا مِنْهُ وَتُطَالِبَهُ بِالْكَفَّارَةِ وَيَجْبُرَهُ الْقَاضِي عَلَيْهَا ، وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ عَلَى مِثْلِ أُمِّي أَوْ كَأُمِّي ،

إِذَا أَكَلَ مَالِي وَأَفْنَى شِبَابِي وَتَفَرَّقَ أَهْلِي وَكَبُرَتْ سِنِي ظَاهِرِي وَقَدْ نَدِمَ ، فَهَلْ مِنْ شَيْءٍ يَجْمَعُنِي وَإِيَّاهُ تَعْنِي بِهِ ؟ فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : حُرِّمَتْ عَلَيْهِ ، فَجَعَلَتْ تَرَاوِجَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، وَإِذَا قَالَ لَهَا : حُرِّمَتْ عَلَيْهِ هَتَفَتْ وَقَالَتْ : أَشْكُو إِلَى اللَّهِ فَاقْبَلِي وَشِدَّةَ حَالِي ، وَأَنْ لِي صَبِيَّةٌ صَغِيرَا إِنْ ضَمَمْتَهُ إِلَيْهِ ضَاعُوا ، وَإِنْ ضَمَمْتَهُمْ إِلَيَّ جَاءُوا ، وَجَعَلَتْ تَقُولُ : اللَّهُمَّ إِنِّي أَشْكُو إِلَيْكَ ، اللَّهُمَّ فَانْزِلْ عَلَى لِسَانِ نَبِيِّكَ ، فَتَغْفِرَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْوَحْيَ كَمَا كَانَ يَنْفُشَاهُ ، فَلَمَّا سَرَى عَنْهُ قَالَ : يَا خَوْلَةَ قَدْ أَنْزَلَ اللَّهُ فِيكَ وَفِي أَوْسَى قُرْآنًا وَتِلَا - قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّذِي تَجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا - الْآيَاتِ ، وَالظَّاهِرُ جَائِزٌ عَنْ يَجُوزُ طَلَاقُهُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُوجِبُ حُرْمَةَ الزَّوْجَةِ ، وَلَا يَكُونُ مِنَ الْمَطْلُوقَةِ بَانِنًا لِأَنَّهَا حَرَامٌ عَلَيْهِ . قَالَ (فَإِنْ جَامَعَ قَبْلَ التَّكْفِيرِ اسْتَغْفَرَ اللَّهُ تَعَالَى) لِمَا رَوَى ابْنُ عِيَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّ رَجُلًا ظَاهِرَ مِنْ أَمْرَاتِهِ فَرَأَى خُلُوعَهَا فِي الْقَمَرِ فَوَقَعَ عَلَيْهَا ، ثُمَّ حَاءَ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَذَكَرَ ذَلِكَ ، فَقَالَ لَهُ اسْتَغْفِرَ اللَّهُ تَعَالَى وَلَا تَعْدُ حَتَّى تَكْفُرَ ، وَلَا - فَعَلْ فَعَلًا حَرَّمَ وَالْأَفْعَالُ الْحَرَّمَ تَوْجِبُ الِاسْتِغْفَارَ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ غَيْرُهُ ، لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ لِبَيْتِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ، وَلَا يَحِلُّ قُرْبَانُهَا بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ وَلَا بَيْتُهَا الْيَتِيمَ حَتَّى يَكْفُرَ لِقَوْلِهِ تَعَالَى - فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتِمَّ - قَالَ (وَالْعَوْدُ الَّذِي تَجِبُ بِهِ الْكَفَّارَةُ أَنْ يَنْزِمَ عَلَى وَطْئِهَا) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « وَلَا تَعْدُ حَتَّى تَكْفُرَ » نَهَى عَنْ الْوُطْءِ إِلَى غَايَةِ التَّكْفِيرِ فَتَنْهَى حُرْمَةَ الْوُطْءِ بِالتَّكْفِيرِ (وَيَنْبَغِي لَهَا أَنْ تَمْنَعَ نَفْسَهَا مِنْهُ لِأَنَّهُ حَرَامٌ وَتُطَالِبُهُ بِالْكَفَّارَةِ وَيَجْبُرُهُ الْقَاضِي عَلَيْهَا) لِيَفَاءَ لِحَقِّهَا ، وَكُلٌّ مَا لَا يَصْدُقُهُ الْقَاضِي فِيهِ لَا يَسْمَعُ الْمَرْأَةُ أَنْ تَصْدُقَهُ فِيهِ ، فَلَوْ قَالَ أَرَدْتُ الْإِخْبَارَ عَمَّا مَضَى بِكَذِبٍ لَمْ يَصْدُقْ قَضَاءً وَصَدَّقَ دِيَانَةً ، وَلَوْ قَالَ : أَنَا مِنْكَ مَظَاهِرٌ ، أَوْ ظَاهَرَتْ مِنْكَ بِصِيرٍ مَظَاهِرًا لِأَنَّهُ صَرِيحٌ فِيهِ ، وَلَوْ شَبَّهَهَا بِامْرَأَةٍ زَنَى بِهَا أَبُوهُ أَوْ ابْنُهُ أَوْ بَابَتُهُ مِنْ نِسْبَتِهِ فَهُوَ مَظَاهِرٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْقَاضِي إِذَا قَضَى بِجَوَازِ نِكَاحِهَا يَنْفَذُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ . وَسَلَّ مُحَمَّدٌ عَنِ الْمَرْأَةِ تَقُولُ لَزَوْجِهَا : أَنْتِ عَلَى - كَظْهَرِ أُمِّي ؟ قَالَ : لَيْسَ بِشَيْءٍ ، لِأَنَّ الْمَرْأَةَ لَا تَحِلُّكَ التَّحْرِيمُ كَالطَّلَاقِ . وَسَلَّ أَبُو يُوسُفَ فَقَالَ : عَلَيْهَا الْكَفَّارَةُ ، لِأَنَّ الظَّاهِرَ تَحْرِيمُ يَرْفَعُ بِالْكَفَّارَةِ وَهِيَ مِنْ أَهْلِ الْكَفَّارَةِ فَصَحَّ أَنْ تَوْجِبَ عَلَيْهَا نَفْسَهَا . وَسَلَّ الْحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ فَقَالَ : هِيَ شَيْخَا الْفَقْهِ أَخْطَأَ ، عَلَيْهَا كَفَّارَةٌ يَمِينٌ ، لِأَنَّ الظَّاهِرَ يَقْتَضِي التَّحْرِيمَ فَكَانَهَا قَالَتْ لَزَوْجِهَا : أَنْتِ عَلَى - حَرَامٌ ، فَيَجِبُ عَلَيْهَا كَفَّارَةٌ يَمِينٌ إِذَا وَطَّئَهَا (وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ عَلَى مِثْلِ أُمِّي أَوْ كَأُمِّي)

فإن أراد الكرامة صدق ، وإن أراد الظهار فظهار ، وإن أراد الطلاق فواحدة بائنة ، وإن لم يكن له نية فليس بشيء ، ولو قال لنسائه : أنتن على كظهن أمتي فعليه لكل واحدة كفارة ، وإن ظاهر منها مرارا في مجلس واحد أو في مجالس فعليه لكل ظهار كفارة .
والكفارة عتق رقبة ، يجزئ فيها مطلق الرقبة السليمة ، ولا يجزئ المدبر وأم الولد .

فهو كناية يرجع إلى نيته (فإن أراد الكرامة صدق) لأن ذلك من محتملات كلامه وهو مشهور بين الناس (وإن أراد الظهار فظهار) لأنه شبهها بجنيها ، وفي ذلك تشبيه بالعضو المحرم فيصح عند نيته (وإن أراد الطلاق فواحدة بائنة) وبصير تشبيها لها في الحرمة كأنه قال : أنت على حرام (وإن لم يكن له نية فليس بشيء) لأنه كناية يحتمل وجوها فلا يتعين أحدها إلا بمرجح . وقال محمد : هو ظهار لأنه تشبيه حقيقة والتشبيه بالعضو ظهار ، فالتشبيه بالكل أولى . وعن أبي يوسف إن كان في حالة الغضب فهو ظهار ، وإن غنى به التحريم فهو إيلاء إثباتا لأدنى الحرمتين . وعند محمد ظهار ، وقيل ظهار بالإجماع . وإن نوى الكذب قال محمد في نوادر هشام : يدين إلا أن يكون في حالة الغضب فهو يمين ، وإن قال : أنت على حرام كأمي ونوى ظهارا فظهار للتشبيه ، وإن نوى طلاقا فطلاق للتحريم ، وإن نوى التحريم فظهار ، وإن لم يكن له نية فإيلاء . وعند محمد ظهار وقد مر وجهها (ولو قال لنسائه : أنتن على كظهن أي فعليه لكل واحدة كفارة) لأنه يصير مظاهرا من كل واحدة منهن بإضافة الظهار إليهن ، كما إذا قال : أنتن طوالتي تطلق كل واحدة منهن ، وإذا كان مظاهرا من كل واحدة منهن ثبتت الحرمة في كل واحدة والكفارة لإنهاء الحرمة فتتعدد بتعدد الحرمة (وإن ظاهر منها مرارا في مجلس واحد أو في مجالس فعليه لكل ظهار كفارة) كما في تكرار اليمين . وروى الحسن عن أبي حنيفة : إذا قال لامرأته : أنت على كظهن أي مائة مرة وجبت عليه مائة كفارة وهو حالف مائة مرة .

فصل

(والكفارة عتق رقبة) قبل المسيس للنص (يجزئ فيها مطلق الرقبة السليمة) فينتقل على المسلم والكافر والذكر والأنثى والصغير والكبير عملا بالإطلاق ، وهو قوله تعالى - فتحرير رقبة - والرقبة عبارة عن الذات المرفوقة المملوكة من كل وجه ، وعند الإطلاق ينصرف إلى السليمة ، فمن قيدها بوصف زائد فقد زاد على النص فبرّد عليه . قال (ولا يجزئ المدبر وأم الولد) لأن الرق فيهم ناقص لاستحقاقهم العتق بجهة أخرى ،

والمكاتبُ الذي أدّى بعض كتابته ، ولا مقطوعُ اليدين أو إيهاميهما أو الرجلين ، ولا الأعشى ولا الأصم ولا الأخرس ولا المسجون المطبق ولا معتق البعض ، وإن اشترى أباه أو ابنته يتنوى الكفارة أجزأه ، وإن أعنت نصف عبده ثم جامعها ثم أعنت باقيه لم يجزه (مم) ، وإن لم يجمع بين الإعتاقين أجزأه ؛

(و) لا (المكاتب الذي أدّى بعض كتابته) لأنه يشبه العتق ببدل ، ويموز المكاتب الذي لم يؤد شيئاً ، لأن الرق قائم به ، قال عليه الصلاة والسلام « المكاتب عبد ما بقى عليه درهم » وما ذكرناه من المعنى فيمن أدّى البعض متنف ، على أنه روى عن أبي حنيفة أنه يجوز من أدّى البعض أيضاً لأنه عبد بالحديث حتى لو فسخت الكتابة عاد رقيقاً ، بخلاف أم الولد والمدير فإن ذلك لا يفسخ أصلاً . قال (ولا مقطوع اليدين أو إيهاميهما أو الرجلين ، ولا الأعشى ولا الأصم ولا الأخرس ولا المسجون المطبق) لأن جنس المنفعة تقوت في هؤلاء ، وهو البطش والسعي والسمع والبصر والانتفاع بالحوارح بالعقل والمجنون فالتت المنفعة ، ويطش اليدين بالإيهامين بفوتيهما تقوت جنس المنفعة وأنه مانع ، لأن قيام الرقية بقيام المنفعة وإذا مات جنس المنفعة صارت الرقية هالكة بن وجه فكانت ناقصة فلا يتناولها الاسم ، أما إذا انحلت المنفعة فليس يمنع ، لأن العيب القليل ليس بمنع لتعلل الاجتزاء عنه ، وذلك كالأعور ومقطوع إحدى اليدين أو إحدى الرجلين من خلاف ، ولا يجوز إذا قطعاً من جانب واحد لفوات جنس منفعة الشيء ، ولا يجوز المعتوه والمفلوج اليابس الشق لما بينا ، وثلاثة أصابع من يدها حكم الكل ، ويموز عتق الخصى والمحبوب لأن ذلك يزيد القيمة لا ينقصها ، ويموز مقطوع الأذنين لأنه لا ضرر فيه ، ويموز مقطوع الشفتين إن كان يقدر على الأكل وإلا فلا (ولا) يجوز (معتق البعض) لأنه ليس برقة كاملة . قال (وإن اشترى أباه أو ابنته ينوى الكفارة أجزأه) لأن شراء القريب إعتاق ، قال عليه الصلاة والسلام « لن يجزى ولد والده إلا أن يحمده مملوكاً فيشتره بعتقه » أنجر عليه الصلاة والسلام أن الابن قادر على إعتاق الأب فيكون قادراً تصديقاً له فيها أنجر ، ولا يقدر على إعتاقه قبل الشراء لعدم الملك ولا بعد الشراء لأنه يعق عليه بالشراء ، فيكون نفس الشراء إعتاقاً ، فإذا نوى بالشراء الكفارة يصير إعتاقاً عن الكفارة فيصح ويجزه (وإن أعنت نصف عبده ثم جامعها ثم أعنت باقيه لم يجزه) عنده . وعندهما يجزه بناء على تجزى الإعتاق ، فعندهما لما أعنت نصفه كان إعتاقاً للجميع ، وعنده لا فقد أعنت النصف قبل المسيس والنصف بعده ، والشرط أن يكون الإعتاق قبل المسيس فلا يجزه فيستأنف عتق رقة أخرى (وإن لم يجمع بين الإعتاقين أجزأه) بالإجماع ، أما عندهما فظاهر ،

وَالْعَبْدُ لَا يُجْزئُهُ فِي الظَّهَارِ إِلَّا الصَّوْمُ ، فَإِنْ كَمْ يَجِدُ مَا يَعْتَقُ صَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ لَيْسَ فِيهِمَا رَمَضَانُ وَيَوْمَا الْعِيدِ وَأَيَّامُ الْبَشْرِيقِ ، فَإِنْ جَامَعَهَا فِي الشَّهْرَيْنِ لَيْلًا أَوْ نَهَارًا عَامِدًا أَوْ نَاسِيًا يَعْدُرُ أَوْ يَغْيِرُ عُدْرَ اسْتَقْبَلِ (س) ، فَإِنْ كَمْ يَسْتَطِيعُ الصِّيَامَ أَطْعَمَ سِتِينَ مَسْكِينًا ، وَيُطْعِمُ كَمَا ذَكَرْنَا فِي صَدَقَةِ الْفَطْرِ أَوْ قِيَمَةِ ذَلِكَ ، فَإِنْ غَدَاهُمْ وَعَشَاهُمْ جَازٍ ،

وَأَمَّا عِنْدَهُ فَلَأَنَّهُ أَعْتَقَهُ بِكَلَامَيْنِ ، وَمَا حَصَلَ فِيهِ مِنَ النِّقْصِ حَصَلَ بِسَبَبِ الْإِعْتِقَاقِ لِلْكَفَّارَةِ وَأَنَّهُ غَيْرُ مَانِعٍ ، كَمَا إِذَا أَصَابَتْ السَّكِينِ عَيْنُ شَاةِ الْأُضْحِيَّةِ وَقَدْ أَضْجَعَهَا لِلذَّبْحِ ، وَعَلَى هَذَا لَوْ أُعْتِقَ نِصْفُ عِيدٍ مَشْرُوكٍ لَا يَجْزئُهُ مَوْسِرًا كَانَ أَوْ مَعْمَرًا بِنَاءً عَلَى مَا مَرَّ ، وَعِنْدَهَا إِنْ كَانَ مَوْسِرًا أَجْزَأَهُ ، لِأَنَّهُ يَمْلِكُ نَصِيبَ شَرِيكِهِ بِالضَّيْقَانِ وَكَانَ مَعْتَقًا لِلْكَلِّ ، وَإِنْ كَانَ مَعْمَرًا لَا يَجْزئُهُ ، لِأَنَّهُ السَّعَايَةُ وَجِبَتْ لِلشَّرِيكِ فِي نَصِيهِهِ فَلَمْ يَوْجَدْ مِنْهُ غَتَقُ الْجَمِيعِ . قَالَ (وَالْعَبْدُ لَا يَجْزئُهُ فِي الظَّهَارِ إِلَّا الصَّوْمُ) لِأَنَّهُ عَاجِزٌ عَنِ الْإِعْتِقَاقِ وَالْإِطْعَامِ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ شَيْئًا ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « لَا يَمْلِكُ الْعَبْدُ إِلَّا الطَّلَاقُ » . قَالَ (فَإِنْ لَمْ يَجِدْ) الْمَظَاهِرُ (مَا يَعْتَقُ صَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى - فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَبَاسَا - . قَالَ (لَيْسَ فِيهِمَا رَمَضَانُ وَيَوْمَا الْعِيدِ وَأَيَّامُ الْبَشْرِيقِ) أَمَّا رَمَضَانُ فَلَأَنَّهُ يَقَعُ عَنِ الْقِرْضِ لَتَعْنِيهِ عَلَى مَا مَرَّ فِي الصَّوْمِ فَلَا يَقَعُ عَنْ غَيْرِهِ ، وَأَمَّا الْبَاقِي فَلَأَنَّهُ الصَّوْمُ فِيهَا حَرَامٌ فَكَانَ نَاقِصًا فَلَا يَتَأَدَّى بِهِ الْوَاجِبُ . قَالَ (فَإِنْ جَامَعَهَا فِي الشَّهْرَيْنِ لَيْلًا أَوْ نَهَارًا عَامِدًا أَوْ نَاسِيًا يَعْدُرُ أَوْ يَغْيِرُ عُدْرَ اسْتَقْبَلِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى - مِنْ قَبْلِ أَنْ يَبَاسَا - وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ : إِنْ جَامَعَ لَيْلًا عَامِدًا أَوْ نَهَارًا نَاسِيًا لَمْ يَسْتَأْنَفْ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَمْنَعُ التَّابِعَ حَتَّى لَا يَفْسُدَ بِهِ الصَّوْمُ . وَجَوَابُهُ أَنَّ النَّصَّ شَرْطُ كَوْنِهِ قَبْلَ الْمَسِيئِ وَأَنَّهُ يَعْلَمُ بِالْمَسِيئِ فَيَسْتَأْنَفُ ، وَلَوْ حَاضَتْ الْمَرْأَةُ فِي كِفَارَةِ الصَّوْمِ لَا تَسْتَقْبِلُ . وَإِنْ أَفْطَرَتْ لِمَرَضٍ اسْتَقْبَلَتْ ، وَلَوْ حَاضَتْ فِي كِفَارَةِ الْيَمِينِ اسْتَقْبَلَتْ ، لِأَنَّ الْخُلِصَ يَتَكَرَّرُ فِي كُلِّ شَهْرٍ وَلَا كَذَلِكَ الْمَرَضُ . وَعَنْ مُحَمَّدٍ : لَوْ صَامَتْ شَهْرًا ثُمَّ حَاضَتْ ثُمَّ أُيِسَتْ اسْتَقْبَلَتْ . وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ : لَوْ حَبِلَتْ فِي الشَّهْرِ الثَّانِي بَنَتْ ، وَمَنْ لَهُ دِينَ لَيْسَ لَهُ غَيْرُهُ وَلَا يَقْتَرِ عَلَى اسْتِخْلَاصِهِ كَفَرُ بِالصَّوْمِ ؛ وَلَوْ حَنَثَ مَوْسِرًا ثُمَّ أَصْعَرَ أَوْ بِالْعَكْسِ فَالْعَبْرُ حَالَةُ التَّكْفِيرِ ، وَلَوْ أُيْسِرَ فِي خِلَالِ الصَّوْمِ أَعْتَقَ كَالْتِمِيمِ إِذَا وَجَدَ الْمَاءَ فِي صَلَاتِهِ . قَالَ (فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِيعِ الصِّيَامَ أَطْعَمَ سِتِينَ مَسْكِينًا) لِقَوْلِهِ تَعَالَى - فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِيعِ فِطْطَامَ سِتِينَ مَسْكِينًا - (وَيُطْعِمُ كَمَا ذَكَرْنَا فِي صَدَقَةِ الْفَطْرِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي حَدِيثٍ سَهْلُ بْنُ سَعْدٍ أَوْ أُوسُ بْنُ الصَّامِتِ « لِكُلِّ مَسْكِينٍ نِصْفُ صَاعٍ مِنْ بَرٍّ » وَلَأَنَّهُ لِحَاجَةِ الْمَسْكِينِ فِي الْيَوْمِ فَاعْتَبِرَتْ بِصَدَقَةِ الْفَطْرِ : قَالَ (أَوْ قِيَمَةُ ذَلِكَ) لَمَّا مَرَّ فِي دَفْعِ الْقِيمِ فِي الزَّكَاةِ . قَالَ (فَإِنْ غَدَاهُمْ وَعَشَاهُمْ جَازٍ) قَالَ تَعَالَى - فِطْطَامَ سِتِينَ مَسْكِينًا - وَهُوَ التَّمْكِينُ

وَلَا بَدْءَ مِنْ شَيْعِهِمْ فِي الْأَكْلَتَيْنِ ، وَلَا بَدْءَ مِنَ الْإِدَامِ فِي خُبْزِ الشَّعِيرِ دُونَ
الْحَنْطَلَةِ ، وَلَوْ أَطْعَمَ مِسْكِينًا سِتِينَ يَوْمًا أَجْزَاهُ ، وَإِنْ أَطْعَاهُ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ
عَنِ الْكُلِّ أَجْزَاهُ عَنْ يَوْمٍ وَاحِدٍ ، فَإِنْ جَامَعَهَا فِي خِلَالِ الْإِطْعَامِ كَمْ يَسْتَأْنِفُ ،
وَمَنْ أَعْتَقَ رَقَبَتَيْنِ أَوْ صَامَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ أَوْ أَطْعَمَ مِائَةَ وَعِشْرِينَ مِسْكِينًا
عَنْ كَفَّارَتِي ظَهَارِ أَجْزَاهُ عَنْهُمَا وَإِنْ كَمْ يَعْشَى ، وَإِنْ أَطْعَمَ سِتِينَ مِسْكِينًا
كُلَّ مِسْكِينٍ صَبَاحًا مِنْ بَرٍّ عَنْ كَفَّارَتَيْنِ كَمْ يُجْزَاهُ إِلَّا عَنْ وَاحِدَةٍ (م) ،

من الطعام (ولا بد من شيعهم في الأكلتين) اعتبارا للعادة (ولا بد من الإدام في خبز
الشعير دون الحنطة) لأنه لا يتمكن من الشيع في خبز الشعير دون الإدام فإنه قلما ينساق
دونه ، ولا كذلك خبز الحنطة . وعن أبي حنيفة رحمه الله : لو غداهم وعشاهم خبزا وإداما
أو خبزا بغير إدام أو خبز الشعير أو سويفا أو تمرا جاز ، ولو غدا ستين وعشى ستين
غيرهم لم يجزه إلا أن يعيد على ستين منهم غداء أو عشاء ، ويحوز غداءان أو عشاءان
أو عشاء وسحور ، وكذا لو غداهم يوما وعشاهم يوما آخر لوجود أكلتين مشبعتين ، ولو
عشاهم في رمضان لكل مسكين ليلتين أجزاء ، والمستحب غداء وعشاء ، ولو أطعم كل
مسكين مدا فعليه أن يعطيه مدا آخر ، ولا يجوز أن يعطيه غيرهم لأن الواجب شيان :
سراعاة عدد المساكين ، والمقدار في الوظيفة لكل المسكين . قال (ولو أطعم مسكينا) واحدا
(ستين يوما أجزاء) لأن المعتبر دفع حاجة المسكين وأنها تتجدد بتجدد اليوم (وإن أعطاه
في يوم واحد عن الكل أجزاء عن يوم واحد) لاندفاع الحاجة بالمرة الأولى ، وهذا لا خلاف
فيه في الإباحة ، فأما التملك منه في يوم واحد في دفعات قيل لا يجزه ، وقيل يجزه لأن
الحاجة إلى التملك تتجدد في اليوم مرّات ، ولو دفع الكل إليه مرة واحدة لا يجوز لأن
التفريق واجب بالنص . قال (فإن جامعها في خلال الإطعام لم يستأنف) لأن النص
لم يشترط في الإطعام قبل المسيس ، إلا أنا أوجبناه قبل المسيس لاحتمال القدرة على الإعتاق
أو الصوم فيقعان بعد المسيس والمنع لمعنى في غيره لا ينافي المشروعية . قال (ومن أعتق
رقبتين ، أو صام أربعة أشهر ، أو أطعم مائة وعشرين مسكينا عن كفّارتي ظهار أجزاء
عنهما وإن لم يعين) لأن الجنس متحد فلا حاجة إلى التعيين . وقال زفر رحمه الله : لا يجوز
عن واحدة منهما ما لم يعتق عن كل واحدة واحدة لأنه لما أعتق عنهما انقسم كل إعتاق عليهما
فيقع العتق أشقاها عن كل واحدة ، فلا يجوز كما إذا اختلف الجنس . ولنا أن الواجب
تكميل العدد دون التعيين ، إذ التعيين لا يفيد في الجنس الواحد على ما عرف ، بخلاف
اختلاف الجنس ، لأن التعيين مفيد فيه فيشترط (وإن أطعم ستين مسكينا كل مسكين
صاعا من بر عن كفّارين لم يجزه إلا عن واحدة) وقال محمد رحمه الله : عنهما ، وإن أطعم

وإن اعتق وصام عن كفارتى ظهار فله أن يجعل ذلك عن أيهما شاء .

باب اللعان

ويجب بقذف الزوجة بالزنا أو ينفي الولد إذا كانا من أهل الشهادة وهي ممن يحذف قاذفها وطالبته بذلك ،

ذلك عن ظهار وإفطار أجزأه عنهما بالإجماع ، وعليه قياس محمد رحمه الله ، وهذا لأن بالمؤدى وفاء بهما ، والمصروف إليه عمل لهما فيقع عنهما وصار كما إذا فرق الدفع ؛ ولهما أن النية تعتبر في الجنسين لأى جنس واحد ، وإذا لفت النية في الجنس الواحد بقى أصل النية فيجزى عن الواحدة كما إذا قال عن كفارة ظهار (وإن اعتق وصام عن كفارتى ظهار فله أن يجعل ذلك عن أيهما شاء) لأن النية معتبرة عند اختلاف الجنس .

باب اللعان

وهو مصدر لاعن يلاعن ملاءنة كفائل يقاتل مقاتلة ، والملاءنة مفاعلة من اللعن ، ولا يكون هذا الوزن إلا بين اثنين ، إلا ما شذ كراهقت الحلم وطارقت النعل وعاقبت اللص ونحوه ، وهو لفظ عام . وفى الشرع هو مختص بملاءنة تجرى بين الزوجين بسبب مخصوص بصفة مخصوصة على ما يأتيك إن شاء الله تعالى ، وهو شهادات مؤكدة بالأيمان موقوفة باللعن والغضب من الله تعالى كما نطق به الكتاب ، وقد كان موجب القذف في الحد في الأجنبية والزوجة بقوله تعالى - والذين يرمون المحصنات - الآية فنسخ في الزوجات إلى اللعان بقوله تعالى - والذين يرمون أزواجهم - الآية . وسبب ذلك ما روى ابن عباس رضى الله عنه أن هلال بن أمية قذف امرأته خولة بشريك بن السمحاء عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : رأيت بعينى وسمعت بأذنى ، فاشتد ذلك على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال سعد بن عباد : الآن يضرب هلال وترد شهادته ، ثم قال عليه الصلاة والسلام : البينة أو حد فى ظهرك ، فقال : يا رسول الله إذا رأى أحدنا على امرأته رجلا ينطلق يلتمس البينة ، فجعل صلى الله عليه وسلم يقول : البينة أو حد فى ظهرك ، فقال هلال : والذى بعثك بالحق إني لصادق ولينزل الله ما يرى ظهري من الحد ، فزل - والذين يرمون أزواجهم - إلى قوله - إن كان من الصادقين - فلاعن عليه الصلاة والسلام بينهما ، وقال عند ذكر اللعنة والغضب : آمين ، وقال القوم : آمين . قال (ويجب بقذف الزوجة بالزنا) لما تلونا (أو بنى الولد) لأنه فى معناه . قال (إذا كانا من أهل الشهادة وهي ممن يحذف قاذفها وطالبته بذلك) لأن الركن فيه الشهادة . قال تعالى

فَإِنْ امْتَنَعَ مِنْهُ حَبِيسٌ حَتَّى يُلَاعِنَ أَوْ يَكْذِبَ نَفْسَهُ فَيُحَدِّثَ ، فَإِذَا لَاعِنَ وَجَبَ عَلَيْهِمُ اللَّعَانُ ، وَتَحْبِسُ حَتَّى تُلَاعِنَ أَوْ تُصَدِّقَهُ ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ الزَّوْجُ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ فَعَلَيْهِ الْحَدُّ ، وَإِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ وَهِيَ يَمْنُ لَا يُحَدُّ قَاضِيهَا فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ وَلَا لَعَانُ وَيُعْزَرُ ،

- ولم يكن غم شهداء إلا أنفسهم فتشادة أحدهم . . . والشهادة لا تكون معتبرة إلا إذا صدرت من أهلها ، فوجوب الشهادة عليهما اشتراط كونهما من أهل الشهادة ، ولا بد من أن تكون من يحد قاضيا ، لأن اللعان في حقها كحد القذف لما أن اللعان عقوبة ، فإن كان كاذبا التحق به كالحديث حتى لا تقبل شهادته بعد اللعان أبدا ، وهو في حقها كحد الزنا لأن الغضب في حقها من الله تعالى عقوبة شديدة يلتحق بها إن كانت كاذبة فقام مقام حد الزنا ، ولهذا لا يثبت اللعان بالشهادة على الشهادة ، ولا بكتاب القاضى ، ولا بشهادة النساء كالمخلود ، ولا بد من طلبها لما لأن الحق كما في حد القذف . وشرط اللعان قيام الزوجية بينهما بنكاح صحيح دون القاصد ، لأن مطلق الزوجية ينصرف إلى الصحيح . قال (فإن امتنع منه حبس حتى يلاعن) : لأنه حد وجب عليه فيحبس فيه لقلوته عليه (أو يكذب نفسه فيحد) لأنه إذا أكذب نفسه سقط اللعان ، وإذا سقط اللعان وجب عليه الحد ، لأن القذف لا يخلو عن موجب ، فإذا سقط اللعان صرنا إلى حد القذف ، إذ هو الأصل (فإذا لاعن وجب عليها اللعان) بالنص (وتحبس حتى تلاعن) لما بينا (أو تصدقه) فلا حاجة إلى اللعان ولا يجب عليها حد الزنا ، لأن من شرطه الأقارير الأربعة عندنا على ما يأتي بيانه ، ولهذا قال الشافعى رحمه الله محدداً لأن الزانى يحدّ عنده بالإقرار مرة واحدة ، ويتبدى في اللعان بالزوج لأنه هو المدعى ، ولأنه عليه الصلاة والسلام بدأ بالزوج ، فلما التعنّا فرّق بينهما ، فإن التعتن المرأة أولاً ثم الزوج أعادت ليكون على الترتيب المشروع ، فإن فرّق بينهما قبل الإعادة جاز لأن المقصود تلاحمهما وقد وجد . . . قال (وإذا لم يكن الزوج من أهل الشهادة) بأن كان عبداً أو محدوماً في قذف أو كافرا (فعليه الحد) لأن اللعان امتنع لمعنى من جهته فيرجع إلى الموجب الأصلى (وإن كان من أهل الشهادة وهى ممن لا يحد قاضيا) بأن كانت أمة أو كافرة أو محدودة في قذف أو صبية أو مجنونة أو زانية (فلا حدّ عليه ولا لعان) لأن المانع من جهتها فصار كما إذا صدقته (ويعزر) لأنه آذاها وألحق الشين بها ولم يجب الحدّ فيجب التعزير حسبا لهذا الباب ، ولو كانا محدودين في قذف حدّ لأن اللعان امتنع من جهته لأنه يبدأ به وهو ليس من أهل الشهادة ، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « أربعة لالعان بينهم وبين نسأهم : اليهودية والنصرانية تحت المسلم ، والمملوكة تحت الحرّ ، والحرّة تحت المملوك » وفي رواية « والمسلم تحت كافرة ، والكافر

وصفة اللعان أن يبتدئ القاضى بالزوج فيشهد أربع مرّات يقول في كلّ مرّة أشهد بالله إلى لمن الصادقين فيما رميتك به من الزنا ، ويقول في الخامسة لعنة الله عليك إن كان من الكاذبين فيما رميتك به من الزنا ؛ وإن كان القذف بولد يقول : فيما رميتك به من نفي الولد . وإن كان بهما يقول : فيما رميتك به من الزنا ومن نفي الولد . ثم تشهد المرأة أربع مرّات تقول في كلّ مرّة : أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا ، وتقول في الخامسة : غضب الله عليك إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا ، وفي نفي الولد تذكّره ؛ فإذا التعتنا فرّق الحاكم بينهما ، فإذا فرّق بينهما كانت تطليقةً بائنة (س) ،

تحته مسلمة ، وصورته : إذا كانا كافرين فأسلمت فقلها قبل عرض الإسلام عليه .
(وصفة اللعان أن يبتدئ القاضى بالزوج فيشهد أربع مرّات يقول في كلّ مرّة : أشهد بالله إلى لمن الصادقين فيما رميتك به من الزنا ، ويقول في الخامسة : لعنة الله عليك إن كان من الكاذبين فيما رميتك به من الزنا ؛ وإن كان القذف بولد يقول : فيما رميتك به من نفي الولد ، وإن كان بهما يقول : فيما رميتك به من الزنا ومن نفي الولد) لأنه المقصود باليمين (ثم تشهد المرأة أربع مرّات تقول في كلّ مرّة : أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا ، وتقول في الخامسة : غضب الله عليك إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا ، وفي نفي الولد تذكّره) كما تقدّم (فإذا التعتنا فرّق الحاكم بينهما بولا تفع الفرقة قبل الحكم حتى لو مات أحدهما قبل التفريق ورثه الآخر . وقال زفر : تقع الفرقة بينهما بالتلاعن لوقوع الحرمة المؤبدة بينهما بالنص وهو المقصود من الفرقة . ولما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام لما لاعن بينهما قال الزوج : كذبت عليا إن أمسكها هي طالق ثلاثا . قال الراوى : ففارقها قبل أن يأمره رسول الله بفراقها ، فأمضى عليه ذلك فصار سنة المتلاعنين ، ولو وقت الفرقة بتلاعنها لم يقع الطلاق ولما أمضاء عليه الصلاة والسلام ولين له بطلان اعتقاده في وقوع الطلاق ، ولأن حرمة الاستمتاع تثبت باللعان ، لأن اللعن والغضب نزل بأحدهما ييقن وأثره بطلان النعمة ، وحل الاستمتاع نعمة والزوجة نعمة ، وحل الاستمتاع أقلهما فيحرم ، وهذه الحرمة جاءت من قبله لأنها بسبب قلعه فقد فوّت عليا الإمساك بالمعروف فيجب عليه التسريح بالإحسان ، فإذا لم يشرحها وهو قادر عليه كان ظالما لها فينوب القاضى منابه دفعا للظلم (فإذا فرّق بينهما كانت تطليقة بائنة) لأنه كفعل الزوج كما في الحب والمنة . وقال أبو يوسف : هو تحريم مؤبد ، ونمرته إذا أكذب

عَنْ كَانَ الْقَذْفُ يُوَكَّدُ نَحْوَ الْقَاضِي نَسَبَهُ وَالْحَقُّهُ بِأُمِّهِ ، وَإِذَا قَالَ : تَحْتَلِكُ لَيْسَ مَعْنَى فَلَإِئِنَّ (سم) .

نفسه حدة القاضي وعاد خاطبا ، وعنده لا لقوله عليه الصلاة والسلام « المتلاعنان لا يجتمعان أبدا » ولنا أنه إذا كذب نفسه لم يصيرا متلاعنين ولا يبيح حكمه ، ولهذا وجب عليه الحد بالإكذاب ، ولأن اللعان شهادة وهي تبطل بتكذيب الشاهد نفسه فلم يبقيا متلاعنين لاحقية ولا حكما فلم يتناولهما النص . قال (فإن كان القذف بولد نفي القاضي نسبه وألحقه بأمه) لأنه عليه الصلاة والسلام نفي ولد امرأة هلال وألحقه بأمه . وإذا قذف الإعمى امرأته العمياء أو الفاسق امرأته يجب اللعان لأتبعها من أهل الشهادة ؛ ولو كان أحدهما أغرس لاحد ولا لعان لأنه ليس من أهل الشهادة ؛ ولو أغرس أحدهما أو ارتد أو أكذب نفسه أو قذف أحدهما إنسانا فحد بالقذف ، أو وطئت حراما بعد اللعان قبل التفريق بطل اللعان ولا حد ولا تفريق ، لأن ما منع الوجوب منع الإمضاء لوجود الشبهة ؛ ولو وطئت بشبهة فقلدها زوجها لاللعان عليه ولا حد على قاذفها . وعن أبي يوسف أنه رجع وقال : يجب اللعان والحد لأنه وطء يجب فيه المهر وثبت النسب . وجه الظاهر أنه وطء في غير ملك فأشبه الزنا وصار شبهة في إسقاط الحد عن القاذف ؛ ولو قذفها ثم وطئت حراما لاللعان بينهما لما بينا ، ولو لم يفرق الحاكم بينهما حتى عزل أو مات فالحاكم الثاني يستقبل اللعان بينهما . وقال محمد : لا يستقبل لأن اللعان قائم مقام الحد فصار كإقامة الحد حقيقة ، وذلك لا يؤثر فيه عزل الحاكم وموته . ولهما أن تمام الإمضاء في التفريق والإيهاء فلا ينتهي قبله فيجب الاستقبال ؛ ولو طلقها بعد القذف ثلاثا أو بائنا فلا حد ولا لعان ، ولو كان رجعا لاعتبار الرجعية ؛ ولو تزوجها بعد الطلاق البائن فلا لعان ولا حد بذلك القذف ؛ ولو قال : أنت طالق ثلاثا يا زانية فعليه الحد دون اللعان لأنه قذف أجنبية ؛ ولو قال : يا زانية أنت طالق ثلاثا فلا حد ولا لعان ، لأنه طلقها ثلاثا بعد وجوب اللعان فسقط بالبينة ؛ ولو قذف أربع نسوة لاعتن مع كل واحدة منهن ؛ ولو قذف أربع أجنبيات حد لهن حدا واحدا ، والفرق أن المقصود في الثانية الزجر ، وهو يحصل بحد واحد ، أما الأول فالمقصود باللعان دفع العار عن المرأة وإبطال نكاحها عليه وذلك لا يحصل بلعان واحد . قال (وإذا قال : ليس حملك مني فلا لعان) وقالوا : إن ولدت لأقل من ستة أشهر من يوم القذف يجب اللعان لأنها تيقنا بقيام الحمل يومئذ ، وله أنه يومئذ لم يتيقن بقيام الحمل فلم يصير قاذفا ، وإذا لم يكن قاذفا في الحال يصير كأنه قال : إن كان بك حمل فليس مني ولا يثبت حكم القذف إذا كان معلقا بالشرط ، وأجمعوا أنه لا ينفق نسب الحمل قبل الولادة لأنه حكم عليه ولا حكم على الجنين قبل الولادة كالإرث والوصية ؛ ولو نفي ولد زوجته الحرة فصدمته

وَيَصِحُّ نَتْنَى الْوَلَدِ عَقِيبَ الْوِلَادَةِ فِي حَالَةِ التَّهْنِئَةِ وَابْتِغَاءِ آلَةِ الْوِلَادَةِ فَيُلَاعِنُ وَيَنْفِيهِ الْقَاضِي ، وَبَعْدَ ذَلِكَ يَتَّبِعُ نَسَبَهُ وَيُلَاعِنُ ، وَإِنْ كَانَ غَائِبًا فَعَلِمَ فَكُنْهَا وَلَدَتْ حَالِ عِلْمِهِ ؛ وَمَنْ وَلَدَتْ وَلَدَتَيْنِ فِي بَطْنٍ وَاحِدٍ فَاعْتَرَفَ بِالْأَوَّلِ وَتَنَى الثَّانِي تَبَتَّ نَسَبُهُمَا وَلَاعِنَ ، وَإِنْ عَكَسَ فَتَنَى الْأَوَّلَ وَاعْتَرَفَ بِالثَّانِي تَبَتَّ نَسَبُهُمَا وَحَدَّ :

فلا حدّ ولا لعان وهو ابنهما لا يصدقان على نفيه ، لأن النسب حقّ الولد والأم لا تملك إسقاط حقّ ولدها فلا يتنفى بتصديقه ، وإنما لم يجب الحدّ واللعان لتصديقها لأنه لا يجوز لها أن تشهد أنه لمن الكاذبين وقد قالت إنه لصادق ، وإذا تعدّر اللعان لا يتنفى النسب . قال (ويصحّ نبي الولد عقيب الولادة وفي حالة التهنية وابتغاء آلة الولادة فيلacen ريفيه القاضي وبعد ذلك ثبت نسيه ويلacen) وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه مقدّر بسبعة أيام لأن أثر الولادة والتهنية فيها اعتبارا بالعقيقة ، وقالوا : يصحّ نفيه في مدة النفاس لأنه أثر الولادة ، وله أن الزوج لو نفاه عقيب الولادة انتفى بالإجماع ، ولو لم ينقه حتى طالت المدة لم يكن له نفيه بالإجماع فلا بدّ من حدّ فاصل ، ومعلوم أن الإنسان لا يشهد عليه بنسب ولده ، وإنما يستدلّ على ذلك بقبوله التهنية وابتغاء متاع الولادة وقبول هدية الأصدقاء ، فإذا فعل ذلك أو مضى مدة يفعل فيه ذلك عادة وهو ممسك كان اعترافا ظاهرا فلا يصحّ نفيه بعده . قال (وإن كان غائبا فعلم فكُنْهَا وَلَدَتْ حَالِ عِلْمِهِ) معناه : أنه يصحّ نفيه عندهما في مدة النفاس بعد العلم . وعنده مدة التهنية على ما بينا ، لأنه لا يجوز أن يلزمه النسب مع عدم علمه فصار حال علمه كحالة الولادة على الأصلين . وعن أبي يوسف إن علم قبل الفصل فهو مقدّر بمدة النفاس وبعده ليس له أن ينفيه ، لأن قبل الفصل كمدة النفاس حيث لم ينتقل عن غذائه الأوّل وبعده ينتقل ويخرج عن حالة الصغر فحقّ نفيه كما لو بقى شيخا . قال (ومن ولدت ولدين في بطن واحد فاعترف بالأوّل ونبي الثاني ثبت نسبهما ولacen ، وإن عكس فتني الأوّل واعترف بالثاني ثبت نسبهما وحدّ) أما ثبوت النسب فلائهما توهمان خلقا من ماء واحد ، فقي ثبت نسب أحدهما باعترافه ثبت نسب الآخر ضرورة . وأما اللعان في الأولى والحدّ في الثانية فلائهما لما نبي الثاني لم يكن مكذبا نفسه فيلacen ، وفي الثانية لما نبي الأوّل صار مكذبا نفسه باعترافه الثاني فيحدّ ، ولو قال في المسئلة الثانية : هما ابنتي لا يحدّ ولا يكون تكذيبا لأنه صادق لآلهما لزمه من طريق الحكم فكان خبرا عما ثبت بالحكم .

باب العدة

عِدَّةُ الْحُرَّةِ الَّتِي تَحِيضُ فِي الطَّلَاقِ وَالْفَسْخِ بَعْدَ الدُّخُولِ ثَلَاثَ حِيضٍ ،
وَالصَّغِيرَةِ وَالْأَيَسَةِ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ ، وَعِدَّتُهُنَّ فِي الْوَفَاةِ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرَةٌ
أَيَّامٍ ، وَعِدَّةُ الْأُمَةِ فِي الطَّلَاقِ حِيضَتَانِ ، وَفِي الصَّغَرِ وَالْإِيَّاسِ شَهْرٌ وَنِصْفٌ ،
وَعِدَّتُهُمَا فِي الْوَفَاةِ شَهْرَانِ وَخَمْسَةُ أَيَّامٍ ، وَعِدَّةُ الْكُلِّ فِي الْحَمَلِ وَضْعُهُ ،

باب العدة

وهو مصدر عده يعده ، ومثل عليه الصلاة والسلام : متى تكون القيامة ؟ قال : إذا
تكاملت العدتان ، أى عدة أهل الجنة وعدة أهل النار : أى عددهم ، وسعى الزمان الذى
تربص فيه المرأة عقيب الطلاق والموت عدة لأنها تعد الأيام المضروبة عليها وتنتظر أو أن
الفرج الموعود لها . والأصل فى وجوبها قوله تعالى - والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة
قروء - وقوله تعالى - والذين يتوفون منكم ويلذون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر
وعشراً - وقوله - واللاتى يسن من الحيض من نساكن إن ارتبتم فعدهن ثلاثة أشهر واللاتى
لم يحضن وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن - وقوله تعالى - فطلقوهن "لعدتهن"
وأحصوا العدة - وهى ثلاثة أنواع : الحيض ، والشهور ، ووضع الحمل ، وبكل ذلك
نطق الكتاب . ويجب بثلاثة أشياء : بالطلاق ، وبالوفاة ، وبالوطء على ما نبينه إن شاء الله
تعالى . قال (عدة الحرة التى تحيض فى الطلاق والفسخ بعد الدخول ثلاث حيض ،
والصغيرة والآيسة ثلاثة أشهر ، وعدتهن فى الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام) لما تولوا من
الآيات ، والفرقة بالفسخ كالطلاق ، لأن العدة للتعرف عن براءة الرحم وأنه يشملهما
(وعدة الأمة فى الطلاق حيضتان) لقوله عليه الصلاة والسلام : طلاق الأمة ثنتان وعدتها
حيضتان (وفى الصغر والإيَّاس شهر ونصف) لأن الرق منصف إلا أن الحيضة لا تتجزى
فكملت احتياطاً ، وقد قال عمر رضى الله عنه : لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفاً . أما
الشهر فيتجزى فجعلناه شهراً ونصفاً (وعدتها فى الوفاة شهران وخمسة أيام) لما بينا (وعدة
الكل فى الحمل وضعه) لعموم قوله تعالى - وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن -
ولأن المقصود التعرف عن براءة الرحم ولا براءة مع وجود الحمل ولا شغل بعد وضعه ،
والله الإشارة بقول عمر رضى الله عنه : لو وضعت وزوجها على سريره لا تقضت عدتها وحل
لها أن تزوج ، وعن ابن مسعود رضى الله عنه : من شاء باهلت أن سورة النساء القصرى :
يعنى سورة الطلاق قوله تعالى - وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن - نزلت بعد التى

ولا عِدَّةٌ فِي الطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَلَا عَلَى الذَّمِّ فِي طَلَاقِ الذَّمِّ ،
وَعِدَّةُ أُمِّ الْوَلَدِ مِنْ مَوْتِ سَيِّدِهَا وَإِعْتِاقِ ثَلَاثِ حَيْضٍ أَوْ ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ ،
وَالْعِدَّةُ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ وَالْوَطْءِ بِشِبْهِةٍ بِالْحَيْضِ فِي الْمَوْتِ وَالْفُرْقَةِ ،
وَعِدَّةُ امْرَأَةِ الْفَارِّ أَبْعَدُ الْأَجَلَيْنِ فِي الْبَائِنِ (س) وَعِدَّةُ الْوَفَاةِ فِي الرَّجْعِيِّ ،
وَكَوْنُ أَعْتَقَتِ الْأُمَّةَ فِي الْعِدَّةِ مِنْ طَلَاقِ رَجْعِيٍّ انْتَقَلَتْ عِدَّتُهَا إِلَى عِدَّةِ
الْحَرَائِرِ فِي الْبَائِنِ لَا ، وَكَوْنُ اعْتَدَّتِ الْآيِسَةُ بِالشَّهْرِ ثُمَّ رَأَتْ الدَّمَ

في سورة البقرة : يعني - والذين يتوفون منكم ويلبسون - الآية ، وإن أسقطت سقطا استبان
بعض خلقه انقضت العدة وإلا فلا لأنه إذا استبان فهو ولد ، وإذا لم يستبان جاز أن يكون
ولدا وغير ولد فلا تنقضي العدة بالشك . قال (ولأعدة في الطلاق قبل الدخول) لقوله
تعالى فيه - فما لكم عليهن من عدة تعتدونها - قال (ولا على الذممة) وقد مر في النكاح ،
ولا عدة في نكاح القسولي قبل الإجازة ، لأن النسب لا يثبت فيه لأنه موقوف فلم ينعقد
في حق حكمه فلا يورث شبهة الملك والحلل ، والعدة وجبت صيانة للماء المحترم عن الخلط
واحترازا عن اشتباه الأسباب . قال (وعدة أم الولد من موت سيدها والإعتاق ثلاث
حيض أو ثلاثة أشهر) إن كانت ممن لا يحيض لما روى أن مارية القبطية أم ولد رسول
الله عليه الصلاة والسلام اعتدت بعد وفاته بثلاثة أشهر ولم ينكر عليها أحد من الصحابة رضي
الله عنهم ، فإما أنها نقلته عن النبي عليه الصلاة والسلام ، وإما أن يكون إجماعا منهم ، وكل
ذلك حجة . وعن عمر رضي الله عنه أنه قال : عدة أم الولد ثلاث حيض ، ولو زوجها
المولى ثم مات فلا عدة عليها لأن الفراش انتقل إلى الزوج ، فإن طلقها الزوج وانقضت
عدتها ثم مات المولى فعليها العدة لأن الفراش عاد إليه وقد زال بالموت . قال (والعدة
في النكاح الفاسد والوطء بشبهة بالحيض في الموت والفرقة) لأنه للتعرف عن براءة الرحم
ولا تجب عدة الوفاة لأنها ليست بزوجة ، قال (وعدة امرأة الفار أبعد الأجلين في البائن
 وعدة الوفاة في الرجعي) وهي إذا طلقها وهو مريض فورثت وهي في العدة . وقال
أبو يوسف : عدتها ثلاث حيض في البائن لأن النكاح انقطع بالطلاق ولزمها العدة
بالحيض إلا أنه بقي أثره في الإرث لما بينا لافي تغيير العدة وبخلاف الرجعي لأن النكاح
باق من كل وجه . ولما أنه بقي في حق الإرث فلأن يبقى في حق العدة أولى ، لأن
العدة مما يختلط فيها فيجب أبعد الأجلين : قال (ولو أعتقت الأمة في العدة من طلاق
رجعي انتقلت عدتها إلى عدة الحرائر ، وفي البائن لا) لأن النكاح قائم من كل وجه
في الرجعي دون البائن ، وموته كالبيئونة . قال (ولو اعتدت الآيسة بالأشهر ثم رأت الدم

بعد ذلك أو الصغيرة ثم رآته في خلال الشهر استأنفت بالحيض ، ولو
اعتدت بحضة أو حيضتين ثم آيست استأنفت بالشهور .
وابتدأه عدة الطلاق عقيبته والوفاة عقيبتها ، وتنقضي بمضي المدة .
وإن لم تعلم بهما ،

بعد ذلك أو الصغيرة ثم رآته في خلال الشهر استأنفت بالحيض (أما الآيسة فلأن بالعبوة .
علمنا أنها غير آيسة وأن عدتها الحيض وصارت كالمتد طهرها فتستأنف ، وأما الصغيرة ؛
فلأن الجمع في عدة واحدة بين الحيض والأشهر مجتمع ، لما فيه من الجمع بين البذل
والمبذل ، ولأنه لم يرد به أثر ولم يقل به بشر ، وقد تعدد الاعتداد بالأشهر فبين الحيض
أو نقول الأشهر خلف عن الحيض وقد قلرت على الأصل قبل حصول المقصود بالخلف
فيجب عليها كالتيتم إذا وجد الماء في صلاته (ولو اعتدت بحضة أو حيضتين ثم آيست
استأنفت بالشهور) لما بينا .

فصل

الأقراء : الحيض ، وهو قول أبي بكر وعمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وأبي الثرداء
وابن الصامت وجماعة من التابعين رضوان الله عليهم أجمعين . وقال زيد بن ثابت وعبد الله
ابن عمر وعائشة رضي الله عنهم : إنها الأطهار ، وحاصله أن اسم القرء يقع على الحيض
والطهر جميعا لغة حقيقة ، يقال : أقرأت المرأة إذا حاضت ، وأقرأت إذا طهرت ، وأصله
الوقت لحب الشيء وذهابه ، يقال : رجع فلان لقرئه : أي لوقته الذي يرجع فيه ، وقرءة
الخلاف تظهر في انقضاء العدة ، فن قال إنها الحيض يقول : لا تنقض إلا باستكمال
ثلاث حيض ، ومن قال إنها الأطهار يقول : إذا شرعت في الطهيرة الثالثة انقضت العدة ،
والحمل على الحيض أولى بالنص والمعقول . أما النص فقول عليه الصلاة والسلام للمستحاضة
« دعي الصلاة أيام أقرائك » وإنما ترك الصلاة أيام الحيض بالإجماع ، وقوله عليه الصلاة
والسلام « عدة الأمة حيضتان » والمعقول أنه ذكره بلفظ الجمع ؛ فن قال إنه للحيض قال :
لا بد من ثلاث حيض فيتحقق الجمع ، ومن قال إنه الأطهار لا يتحقق الجمع على قوله ،
لأن الطلاق لو وقع في آخر الطهر انقضت العدة بطهرين آخرين وبالشروع في الثالث
فلا يوجد الجمع ، والعمل بما يوافق لفظ النص أولى ، قال (وابتداء عدة الطلاق عقيبته
والوفاة عقيبتها وتنقضي بمضي المدة وإن لم تعلم بهما) لأن الطلاق والوفاة هو السبب فيعتبر
ابتدأوها من وقت وجود السبب ، وإن أقر أنه طلق امرأته من وقت كذا فكذبته أو قالت
لأدري وجبت العدة من وقت الإقرار ويعمل هذا إنشاء احتياطا ، وإن صدقته فن وقت .

وَأَبْتَدَأَ عِدَّةَ النِّكَاحِ الْفَاسِدِ عَقِيبَ التَّفْرِيقِ أَوْ عَزَمَهُ عَلَى تَرْكِ الْوَطءِ (ز) ،
وَإِذَا وَطِئَتِ الْمَعْتَدَةُ بِشَيْبَةٍ فَعَلَيْهَا عِدَّةٌ وَأُخْرَى وَيَتَذَكَّرُ لَهَا ، فَإِنْ حَاضَتْ
حَيْضَةً ثُمَّ وَطِئَتْ كَمَلَتْهَا بِثَلَاثٍ أُخَرَ ، وَأَقْلُ مَدَّةِ الْعِدَّةِ شَهْرَانِ (س) ،

الطلاق واختيار المشايخ أنه يجب من وقت الإقرار تحرزا عن المواضة وزجرا له عن كتمان طلاقها لأنه يصير مسببا لوقوعها في الحرم ولا يجب لها نفقة العدة ، ولها أن تأخذ منه مهرأ ثانيا إن وجد الدخول من وقت الطلاق إلى وقت الإقرار لأنه أقر بذلك وقد صدقته . قال (وابتداء عدة النكاح الفاسد عقيب التفريق أو عزمه على ترك الوطء) وقال زفر : من آخر الوطئات لأن الوطء هو الموجب للعدة . ولنا أن التمكن من الوطء على وجه الشبهة أقيم مقام حقيقة الوطء لخفاؤه فيجمل واطئا حكما إلى حالة التفريق أو عزم الترك فتجب العدة من حين انقطاع الوطء حقيقة وشرعا أخذنا بالاحتياط . قال (وإذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة أخرى) لوجود السبب (ويتداخلان ، فإن حاضت حيضة ثم وطئت كلها بثلاث أخر) وتحسب حيضتان من العدين وتكمل الأولى والثالثة تسمة الثانية ، لأن المقصود من العدة التعرف عن براءة الرحم ، وأنه حاصل بالعدة الواحدة لأنه لا بد من ثلاث حيض بعد الوطء الثاني وبه تتعرف براءة الرحم ، ولثاني أن يتزوجها بعد استكمال الأولى لأنها في عدته ، ولو وطئت المعتدة عن وفاة نكحتها ، وما تراه من الحيض فيها يحسب من الثانية ، فإن استكملت فيها ثلاث حيض فقد انقضت معا ولا تمت الثانية بما بقي من حيضها لما بينا . قال (وأقل مدة العدة شهران) أي مدة تنقضي فيها ثلاث حيض . وقالوا : أقلها تسعة وثلاثون يوما وثلاث ساعات لأنهما يعتبران أقل مدة الحيض وهي ثلاثة أيام ، وأقل الطهر وهو خمسة عشر يوما ، ثم يقلر أن وقوع الطلاق قبل أوان الحيض بساعة فتلاثة أيام حيض ، وخمسة عشر طهر ، ثم ثلاثة حيض ، ثم خمسة عشر طهر ، ثم ثلاثة حيض فكلت العدة . وأبو حنيفة يخرجها من طريقين : أحدهما يعتبر أكثر الحيض احتياطا ، فيبدأ بالحيض عشرة ، ثم خمسة عشر طهر ، ثم عشرة حيض ، ثم خمسة عشر طهر ، ثم عشرة حيض فذلك ستون يوما ، وهذه رواية محمد ، والآخر وهو رواية الحسن بن زياد أنه يعتبر الوسط من الحيض وهو خمسة أيام ، ويجعل مبدأ الطلاق في أول الطهر عملا بالسنة ؛ فخمسة عشر يوما طهر وخمسة حيض ، هكذا ثلاث مرات يكون ستين يوما ؛ والأمة تصدق عندهما في أحد وعشرين يوما ، ستة أيام حيضتان ، وخمسة عشر يوما طهر بينهما . وعند أبي حنيفة على رواية الحسن أربعين يوما ، وعلى رواية محمد خمسة وثلاثين ، ولو كانت حاملا وقد علقت طلاقها بالولادة ، فعلى قياس رواية محمد عن أبي حنيفة لا يصدق في أقل من خمسة وثمانين يوما ، وعلى قياس رواية الحسن مائة يوم ؛

وَلَا يَنْبَغِي أَنْ تُخْطَبَ الْمُعْتَدَّةُ ، وَلَا بِأَسِّ بِالْتَّعْرِضِ ،

وعلى قياس قول أبي يوسف خمسة وستون ، وفي الأمة على رواية محمد خمسة وستون ، ورواية الحسن خمسة وسبعون ، وعن أبي يوسف سبعة وأربعون ، وعن محمد ستة وثلاثون وثلاث ساعات ، ويعرف ذلك لمن يتأمله بتوفيق الله تعالى . ثم إن وقع الطلاق للأسة والصغيرة أو الموت غرة الشهر اعتبرت الشهور بالأهلة بالإجماع وإن نقص عددها ، وإن وقع ذلك في وسط الشهر تعتبر بالأيام فتعتمد في الطلاق بتسعين يوما ، وفي الوفاة مائة وثلاثين يوما وهو رواية عن أبي يوسف ، وروى عنه وهو قول محمد تعتمد بقية الشهر بالأيام وتكمله من الشهر الرابع ، وتعتمد بشهرين فيما بينهما بالأهلة ، لأن الأصل اعتبار الشهور بالأهلة إلا عند التعذر ، وقد تعلق في الأول فيعمل فيه بالأيام لأنها كالبدل عن الأهلة ، ويعمل في الباقي بالأصل . ولأن حنيفة أنه لا يدخل الشهر الثاني ولا يعد إلا بعد انقضاء الأول ، ولا انقضاء الأول إلا بعد استكمالها فيكمل الأول من الثاني ، وهكذا الثاني مع الثالث فتعتمد اعتبار الأهلة في الكل ، وعلى هذا مدة الإيلاء واليمين إذا حلف لا يفعل كذا سنة والإجازات ونحوها ، وإذا قالت : انقضت علقى صلقت لأنها أمينة فإن كذبها الزوج حلفت كالمودع . واختلف أصحابنا في حد الإياس ، قال بعضهم : يعتبر بأقرانها من قرانها ، وقيل يعتبر بتركيبها لأنه يختلف بالسمن والخرال . وعن محمد أنه قدره بستين سنة . وعنه في الروميات بخمس وخمسين ، وفي الموليدات ستين ، وقيل خمسين سنة ، والفتوى على خمس وخمسين من غير فصل وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة ، وعنه أيضا ما بين خمس وخمسين إلى ستين . وذكر محمد في نوادر الصلاة : المعجوز الكبيرة إذا رأت الدم مدة الحيض فهو حيض إذا لم يكن عن آفة . وقال محمد بن مقاتل الرازي : هذا إذا لم يحكم بإياسها ، فأما إذا حكم بإياسها ثم رأت الدم لا يكون حيضا وهو الصحيح . والمرأة إذا لم تحض أبدا حتى بلغت مبلغا لا يحض فيه أمثالا غالبا حكم بإياسها . وذكر في الجامع الصغير : إذا بلغت ثلاثين سنة ولم تحض حكم بإياسها . قال (ولا ينبغي أن تخطب المعتدة) لقوله تعالى - ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء - المراد به المعتدات بالإجماع ، لأن الله تعالى نهي الجناح في التعريض وأنه يدل على أن تركه أولى فيلزم كراهة التصريح بطريق الأولى (ولا بأس بالتعريض) لأنه تعالى نهي الجناح فإنه دليل الإباحة . وروى أنه عليه الصلاة والسلام دخل على أم سلمة وهي في العدة فذكر منزلته من الله تعالى وهو متحامل على يده حتى أثر الحصر على يده من شدة تحامله عليها وأنه تعريض ، والتعريض مثل أن يقول : إني فيك لراغب ، وأود أن أتزوجك ، وإن تزوجتك لأحسن إليك ، ومثلك من يرغب فيه ويصلح الرجال ونحوه . وعن النخعي لإياس بأن يهدى إليها ويقوم بشغلها في العدة

وعلى المعتدة من نكاح صحيح عن وفاة أو طلاق بائن إذا كانت بالغة مسلمة حرة أو أمة الحداد ، وهو ترك الطيب والزينة والكحل والدهن والحناء إلا من عذر ،

إن كانت من شأنه ، والتصريح قوله : أنكحك ، وأتزوج بك ونحوه وأنه مكروه ، قال تعالى - ولكن لاتواضعوهن سرا - قال عليه الصلاة والسلام « السر النكاح » وهذا كله في المبتوتة (١) والمتوفى عنها زوجها . أما المطلقة الرجعية فلا يجوز التصريح ولا التلويح لأن نكاح الأول قائم على ما بينا .

فصل

(وعلى المعتدة من نكاح صحيح عن وفاة أو طلاق بائن إذا كانت بالغة مسلمة حرة أو أمة الحداد) ويقال الإحداد . والأصل فيه ما روى « أن امرأة مات عنها زوجها فجات إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تستأذنه في الانتقال فقال : كانت إحداكن تمكث في أثر أحلاسها إلى الحول ، أفلا أربعة أشهر وعشرا ؟ » فدل أنه يلزمها أن تقم في شر أحلاسها أربعة أشهر وعشرا . وقال عليه الصلاة والسلام « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت ثلاثة أيام فافوقها إلا على زوجها أربعة أشهر وعشرا » وروى « أنه عليه الصلاة والسلام نهى المعتدة أن تختضب بالحناء وقال : الحناء طيب » وأنه عام في كل معتدة ، ولأنه لما حرم عليها النكاح في العدة أمرت بتجنب الزينة حتى لاتكون بصفة المتممة للأزواج وأنه بعم الفصلين ، ولأنها وجبت إظهارا للتأسف على فوت نعمة النكاح الذي كان سبب مثنونها وكفائها من النفقة والسكنى وغير ذلك ، وأنه موجود في المبتوتة والمتوفى عنها . قال (وهو ترك الطيب والزينة والكحل والدهن والحناء إلا من عذر) لئيه عليه الصلاة والسلام عن الحناء ، وقوله « الحناء طيب » فدل على أن الطيب محظور عليها ، ويدخل فيه الثوب المطيب والمصفر والمزعر حتى قالوا : لو كان غسلا لاينفص جاز لأنه لم يبق له رائحة ، فإن لم يكن لها إلا ثوب واحد مصبوغ لأبس به لأنه عذر ، ولا تمتشط لأنه زينة ، فإن كان فالأسنان المنفرحة دون المضمومة ، ولا تلبس حليا لأنه زينة ، ولا تلبس قصبا ولا إخرانة لأنه زينة . وعن أبي يوسف لأبس بالقصب والخز الأحمر . فالحاصل أن ذلك يلبس للحاجة ويلبس للزينة فيعتبر القصد في لبسه ، وقد صح « أن النبي عليه الصلاة والسلام لم يأذن للمبتوتة في الاكتحال ، بخلاف حالة التداوى لأنه عذر ،

(١) قوله وهذا كله في المبتوتة ، ليس مذهبا لنا لأن مذهبنا جواز التعريض خاص بالميتوفى عنها .

ولا تخرج المبتوتة من بيتها ليلاً ولا نهاراً ، والمعتدة عن وفاة تخرج نهاراً وبعض الليل وتبيت في منزلها ، والأمة تخرج لحاجة المولى في العدتين في الوقتين جميعاً ، وتعتد في البيت الذي كانت تسكنه حال وقوع الفرقة إلا أن يهدم أو تخرج منه أو لا تقدر على أجرته فتنتقل .

فكان ضرورة دون التزين ، وكلما إذا خافت من ترك الدهن والكحل حلوث مرض بأن كانت معتادة لذلك يباح لها ذلك . ولا إحداد على صغيرة ولا مجنونة لعدم الخطاب ولأنها عبادة حتى لا يجب على الكافرة ، بخلاف الأمة لأنها أهل للعبادات وليس فيها إبطال حق المولى ، وليس في عدة النكاح الفساد إحداد لأنه لا يتأسف على زواله لأنه واجب الزوال ولأنه نعمة فزواله نعمة . قال (ولا تخرج المبتوتة من بيتها ليلاً ولا نهاراً) لقوله تعالى - لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن - ولأن نفقتها واجبة على الزوج فلا حاجة لها إلى الخروج كالزوجة ، حتى لو اختلعت على أن لانفقة لها قبل تخرج نهاراً لمعاشها ، وقيل لا وهو الأصح ، لأنها اختارت إسقاط نفقتها فلا يؤثر في إبطال حق المختلعة عليها على أن لاسكنى لها لا يجوز لها الخروج . قال (والمعتدة عن وفاة تخرج نهاراً وبعض الليل وتبيت في منزلها) لأنه لانفقة لها فتضطر إلى الخروج لإصلاح معاشها وربما امتد ذلك إلى الليل . وعن محمد لأبأس بأن تبيت في غير منزلها أقل من نصف الليل لما بينا (والأمة تخرج لحاجة المولى في العدين في الوقتين جميعاً) لما في المنع من إبطال حقه ، وحق العبد مقدم على حق الله تعالى ، وإن كان المولى بوأها لم تخرج ما دامت على ذلك إلا أن يخرجها المولى ، وكذلك المكاتبه والكاتبه تخرج إلا إذا منعها الزوج لصيانة مائه ، والمجنونة والمعتومة كالذمية والصبية تخرج لأنها لا يلزمها العبادات ، ولاحق للزوج لأنه لحفظ الولد ، ولا ولد إلا في الطلاق الرجعي ، فلا تخرج إلا باذن الزوج لبقاء الزوجية على ما مر (وتعتد في البيت الذي كانت تسكنه حال وقوع الفرقة) لأنه البيت المضاف إليه بقوله تعالى - من بيوتهن - لأنه هو الذي تسكنه ، وقال عليه الصلاة والسلام التي قتل زوجها « اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله » . قال (إلا أن يهدم أو تخرج منه أو لا تقدر على أجرته فتنتقل) لما يلحقها من الضرر في ذلك . أما إذا انهدم فلأن السكنى في الحربة لأتأمن على نفسها ومالها ، ثم قبل تنتقل حيث شاءت إلا أن تكون مبهوتة فتنتقل إلى حيث شاء الرجل لأنه المخاطب بقوله تعالى - أسكنوهن - وإذا حوّلها الورثة أو صاحب المنزل فهي معذورة في ذلك . وروى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه نقل ابنته أم كلثوم لما قتل عمر رضي الله عنه لأنها كانت في دار الإمارة وعائشة رضي الله عنها نقلت أختها لما قتل طلحة رضي الله

فصل

أقل مدة الحمل ستة أشهر وأكثرها سنتان ، وإذا أقرت بانقضاء العدة ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر ثبت نسبه ، وكسبته أشهر لا ، ويثبت نسب وكذا المطلقة الرجعية وإن جاءت به لأكثر من سنتين ما لم تقر بانقضاء العدة ، فإن جاءت به لأقل من سنتين بانت ويثبت النسب ولا يصير مراجعا ، وإن جاءت به لسنتين أو أكثر كان رجعة ، ويثبت نسب وكذا المبتوتة والمتوفى عنها زوجها لأقل من سنتين ،

عنه ، ولو طلب منها أكثر من أجرة المثل فلما يلحقها من الضر ، وصار كتمن الماء للمسافر يجوز له التيمم إذا كان بأكثر من ثمن المثل ، ولو أبانها والمنزل واحد يجعل بينه وبينها ستره ، وكذلك الورثة في الوفاة ، فإن لم يجعلوا انتقلت محمرا عن الفتنة ، وإذا كان المطلق غائبا وطلب أهل المنزل الأجرة أعطتهم باذن القاضي ويصير دينا على الزوج .

فصل

(أقل مدة الحمل ستة أشهر) لما روى أن رجلا تزوج امرأة فجاءت بولد لسته أشهر فهم عثمان بوجهها ، فقال ابن عباس : لو خاصمتكم بكتاب الله لحصمتكم ، فإن الله تعالى يقول - وحمله وفصاله ثلاثون شهرا - وقال - والولدات يرضعن أولادهن حولين كاملين - فبقى لمدة الحمل ستة أشهر . قال (وأكثرها سنتان) لما روى عن عائشة أنها قالت : لا يبق الولد في رحم أمه أكثر من سنتين ولو بفكرة مغزل ، وذلك لا يعرف إلا توقيفا إذ ليس للعقل فيه مجال ، فكأنها روت عن النبي عليه الصلاة والسلام . قال (وإذا أقرت بانقضاء العدة ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر ثبت نسبه) لأنه ظهر كذبها بيقين فصار كأنها لم تقر به (و) إن جاءت به (لسته أشهر لا) يثبت ، لأنه لم يظهر كذبها فيكون من أجل حادث بعده فلا يثبت نسبه . قال (ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية ، وإن جاءت به لأكثر من سنتين ما لم تقر بانقضاء العدة) لاحتمال الوطء والعلوق في العدة لجواز أن تكون ممتدة الطهر (فإن جاءت به لأقل من سنتين بانت) لانقضاء العدة (ويثبت النسب) لوجود العلوق في النكاح أو في العدة (ولا يصير مراجعا) لأنه يحتمل العلوق قبل الطلاق ، ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك (وإن جاءت به لسنتين أو أكثر كان رجعة) لأن العلوق بعد الطلاق ، والظاهر أنه منه وأنه وطئها في العدة حملا لحاملها على الأحسن والأصلح قال (ويثبت نسب ولد المبتوتة والمتوفى عنها زوجها لأقل من سنتين) لاحتمال أن الحمل

وَلَا يَثْبُتُ لِأَكْثَرٍ مِنْ ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَدْعِيَهُ (ز) ؛ وَلَا يَثْبُتُ نَسَبٌ وَلَكِنَّ
الْمُعْتَدَّةَ إِلَّا بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ (س) ، أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ ، أَوْ حَبْلٍ ظَاهِرٍ ،
أَوْ اعْتِرَافِ الزَّوْجِ ، أَوْ تَصْدِيقِ الْوَرَكَةِ ؛ وَلَا يَثْبُتُ نَسَبٌ وَلَكِنَّ الْمَطْلُوقَةَ
الصَّغِيرَةَ رَجْعِيَّةً (س) كَانَتْ أَوْ مَبْتُوتَةً (س) إِلَّا أَنْ تَأْتِيَ بِهِ لِأَقْلٍ مِنْ
تِسْعَةِ أَشْهُرٍ ، وَفِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ لِأَقْلٍ مِنْ عَشْرَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرَةِ أَيَّامٍ بِسَاعَةٍ ،
وَكَلَّوْا قَالَتْهَا : إِنْ وَلَدَتْ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَشَهِدَتْ امْرَأَةٌ بِالْوِلَادَةِ كَمْ تَطْلُقُ (س) ،

كَانَ قَائِمًا وَقَدْ طَلَّقَ فَلَا يَكُونُ الْفَرَّاشُ زَالًا يَبْقِي نَسَبًا (و) وَلَا يَثْبُتُ
لَا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَدْعِيَهُ (ز) لَأَنَّا تَقِينَا بِمَحْلُوثِ الْحَمْلِ بَعْدَ الطَّلَاقِ فَلَا يَكُونُ مِنْهُ إِلَّا أَنْ
يَدْعِيهِ فَيَجْعَلُ كَأَنَّهُ وَطْئًا بِشَبْهَةِ الْعِدَّةِ . وَقَالَ زُفَرٌ : فِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ إِذَا جَاءَتْ بِهِ بَعْدَ
انْقِضَائِهَا لِسِتَةِ أَشْهُرٍ لَا يَثْبُتُ ، لِأَنَّ الشَّرْعَ حَكَمَ بِانْقِضَائِهَا بِالْأَشْهُرِ فَصَارَ كِلَا قَرَارِهَا . وَجَوَابُهُ
أَنَّهُ لَا انْقِضَاءَ لِلْعِدَّةِ وَجِهٌ آخَرٌ وَهُوَ وَضْعُ الْحَمْلِ ، بِخِلَافِ الصَّغِيرَةِ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْحَمْلِ
فِيهَا لَعَدَمِ الْحَالِيَةِ فَوُقِعَ الشُّكُّ فِي الْبُلُوغِ . قَالَ (و) وَلَا يَثْبُتُ نَسَبٌ وَلَدَ الْمُعْتَدَّةَ إِلَّا بِشَهَادَةِ
رَجُلَيْنِ ، أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ ، أَوْ حَبْلٍ ظَاهِرٍ ، أَوْ اعْتِرَافِ الزَّوْجِ ، أَوْ تَصْدِيقِ الْوَرَكَةِ (ز)
وَقَالَا : يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ لِأَنَّ الْفَرَّاشَ قَائِمٌ لِقِيَامِ الْعِدَّةِ ، وَهُوَ مُلْزَمٌ لِلنَّسَبِ كَقِيَامِ
النِّكَاحِ . وَلِأَنِّي خَفِيفَةٌ أَنَّهُ لَوْ أَقَرَّتْ بِوَضْعِ الْحَمْلِ انْقَضَتْ الْعِدَّةُ ، وَالْمَقْضَى لَا يَكُونُ حُجَّةً
فِيحْتَاجُ إِلَى إِثْبَاتِ النَّسَبِ فَلَا يَدَّ مِنْ حُجَّةٍ كَامِلَةٍ . أَمَّا إِذَا ظَهَرَ الْحَبْلُ أَوْ اعْتَرَفَ بِهِ الزَّوْجُ
غَالِيبًا ثَابِتٌ قَبْلَ الْوِلَادَةِ وَالْحَاجَةُ إِلَى التَّعْيِينِ وَأَنَّهُ يَثْبُتُ بِشَهَادَتِهَا ، وَكُنَّا إِذَا اعْتَرَفَ بِهِ
الْوَرَّةُ بَعْدَ الْمَوْتِ . وَهَذَا فِي حَقِّ الْإِرْثِ ظَاهِرٌ لِأَنَّهُ حَقُّهُمْ . وَأَمَّا النَّسَبُ فَإِنْ كَانُوا مِنْ
أَهْلِ الشَّهَادَةِ ثَبِتَ بِشَهَادَتِهِمْ ، وَلَا يَثْبُتُ فِي حَقِّهِمْ بِاعْتِرَافِهِمْ وَيَثْبُتُ فِي حَقِّ غَيْرِهِمْ تَبَعًا
لِلثُبُوتِ فِي حَقِّهِمْ . قَالَ (و) وَلَا يَثْبُتُ نَسَبٌ وَلَدَ الْمَطْلُوقَةَ الصَّغِيرَةَ رَجْعِيَّةً كَانَتْ أَوْ مَبْتُوتَةً إِلَّا
أَنْ تَأْتِيَ بِزَوْجٍ مِنْ تِسْعَةِ أَشْهُرٍ ، وَفِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ لِأَقْلٍ مِنْ عَشْرَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرَةِ أَيَّامٍ بِسَاعَةٍ (ز)
وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ فِي الْمَبْتُوتَةِ : يَثْبُتُ إِلَى سِتِّينَ لَأَنَّهَا مُعْتَدَّةٌ لَمْ تَقَرَّ بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ
تَكُونَ حَامِلًا وَصَارَتْ كَالْبَالِغَةِ . وَلِهَذَا أَنَّهُ تَعَيَّنَ لَانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا جِهَةٌ وَاحِدَةٌ وَهِيَ الْأَشْهُرُ ،
فَإِذَا مُضَتْ حَكَمَ الشَّرْعُ بِانْقِضَائِهَا وَهُوَ أَقْوَى مِنَ الْإِقْرَارِ لِاحْتِمَالِ الْخِلَافِ فِي الْإِقْرَارِ دُونَهُ .
وَأَمَّا الرَّجْعِيُّ ، قَالَ أَبُو يُوسُفَ : يَثْبُتُ إِلَى سَبْعَةِ وَعَشْرِينَ شَهْرًا لِأَنَّهُ يَجْعَلُ وَاطِنًا فِي آخِرِ
الْعِدَّةِ وَهِيَ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ ثُمَّ تَأْتِي بِهِ لِأَكْثَرِ مَدَّةِ الْحَمْلِ وَهِيَ سِتَانُ ؛ وَلَوْ ادَّعَتْ الصَّغِيرَةُ
الْحَبْلَ فِي الْعِدَّةِ فَهِيَ كَالْكَبِيرَةِ فِي الْحُكْمِ لِأَنَّهُ ثَبِتَ بُلُوغُهَا بِإِقْرَارِهَا (و) وَلَوْ قَالَ لَهَا : إِنْ وَلَدْتَ
فَأَنْتِ طَالِقٌ فَشَهِدَتْ امْرَأَةٌ بِالْوِلَادَةِ لَمْ تَطْلُقْ (و) وَقَالَا : تَطْلُقُ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ

وَإِنْ اعْتَرَفَ الْحَبْلُ تَطَلَّقْتُ بِمَجْرَدِ قَوْلِهَا (م) ، وَلَوْ قَالَ لَأَمْتُهُ : إِنْ كَانَ
فِي بَطْنِكَ وَلَدٌ فَهُوَ مِنِّي فَشَهِدَتْ امْرَأَةٌ بِالْوِلَادَةِ فَهِيَ أُمُّ وَلَدِهِ :

« شهادة النساء جائزة فيما لا يطلع عليه الرجال » فكانت شهادتها حجة في الولادة ، فتكون
حجة فيما يمتنى عليه وهو الطلاق . ولأبى حنيفة أنها ادعت على زوجها الحنث فلا يثبت
إلا بينة كاملة ، وشهادتها ضرورية في الولادة فلا تعدى إلى الطلاق لأنه ينفك عنه :
قال (وإن اعترف بالحبل تطلق بمجرد قولها) وقالوا : لا بد من شهادة امرأة تشهد بالولادة
لأنها ادعت فلا بد من حجة . وله أنه أقر بالحبل فيكون إقرارا بالولادة لأنه يفضى إليه ،
ولأنه أقر بكونها أمينة فيقبل قولها في رد الأمانة . قال (ولو قال لأمته : إِنْ كَانَ فِي بَطْنِكَ
وَلَدٌ فَهُوَ مِنِّي فَشَهِدَتْ امْرَأَةٌ بِالْوِلَادَةِ فَهِيَ أُمُّ وَلَدِهِ) لأن الحاجة إلى تعيين الولد ، وإنه
يثبت بالقابلة إجماعا .

تم الجزء الثالث من « الاختيار لتعليل المختار »

ويليه :

الجزء الرابع ، وأوله : باب النفقة

فهرس

الجزء الثالث من الاختيار لتعليل المختار

صفحة	صفحة
٥٨ كتاب الغصب	٣ كتاب الحوالة
٦٤ فصل في زوائد الغصب	٥ كتاب الصلح
٦٦ كتاب إحياء الموات	١١ كتاب الشركة
٦٩ كتاب الشرب	١٩ كتاب المضاربة
٧٢ فصل في بيان أن كرى الأنهار	٢٣ فصل نفقة المضارب في مال المضاربة
العظام على بيت المال	ما دام في سفره
٧٤ كتاب المزارعة	٢٤ بيان ما تبطل به المضاربة
٧٩ فصل في حكم من سقى أرضه	٢٥ كتاب الوديعة
فسال ماؤه إلى أرض غيره ففرقها	٢٩ كتاب القبط
كتاب المساقاة	٣٢ كتاب اللقطة
٨١ كتاب النكاح	٣٥ كتاب الآبق
٨٣ حكم الشهود في النكاح وما يشترط	٣٧ كتاب المفقود
فيهم	٣٨ كتاب الخنثى
٨٤ فصل في المحرمات ، وهي تسعة	٣٩ فصل يؤخذ في الخنثى بالأحوط
أقسام	والأوثق من أمور الدين
٨٩ نكاح المتعة والنكاح المؤقت	٤٠ كتاب الوقف
وحكمهما	٤٥ فصل في حكم ما إذا وقف على
٩٠ فصل في بيان أن عبارة النساء	الفقراء وله بنت فقيرة صغيرة
معتبرة في النكاح	٤٧ فصل في حكم لإجارة الوقف
٩٨ فصل فيما تعتبر الكفافة به في	٤٨ كتاب الهبة
النكاح	٥١ فصل في المعاني المانعة من الرجوع
١٠١ فصل في المهر	في الهبة
١٠٤ فصل في حكم إذا تزوجها على	٥٣ فصل في العمرى والرقي
خر أو خنزير	٥٥ كتاب العازية

صيفة	صيفة
١٤٠ تعليق الطلاق	١٠٩ فصل لا يجهز نكاح العبد والأمة
١٤٢ فصل في حكم ما إذا علق الطلاق على مشيئة الله تعالى	والمذبر وام الولد إلا باذن المولى
١٤٣ فصل في حكم من أبان امرأته في مرضه ثم مات	١١١ فصل في حكم ما إذا تزوج ذمي ذمية على أن لا مهر لها
١٤٥ فصل في طلاق المجهولة	١١٥ فصل في العيوب التي يثبت بها الخيار لأحد الزوجين والتي لا يثبت بها
١٤٧ باب الرجعة	١١٦ فصل على الرجل أن يعدل بين نسائه
١٥١ باب الإيلاء	١١٧ كتاب الرضاع
١٥٥ فصل فيما يسقط الإيلاء	١٢١ كتاب الطلاق
١٥٦ باب الخلع	١٢٤ حكم طلاق المكره وطلاق السكران وطلاق الأخرس وطلاق المأزول
١٦٠ فصل إذا اختلعت المكاتبة لزمها المال بعد العتق	١٢٥ فصل صريح الطلاق لا يحتاج إلى نية
١٦١ باب الظهار	١٢٩ فصل في وصف الطلاق
١٦٣ فصل في كفارة الظهار	١٣١ فصل في حكم من طلق امرأته قبل الدخول ثلاثاً
١٦٧ باب اللعان	١٣٢ فصل كتابات الطلاق لا يقع بها إلا بنية أو بدلالة الحال
١٧٢ باب المدّة	
١٧٤ فصل في الأقراء وهي الحيض	
١٧٧ فيما على المعتدة من نكاح صحيح	
١٧٩ فصل في بيان أقل مدّة الحمل وأكثرها ، وما يترتب على هذا من الأحكام	

الاختصار^٤ لتعليق المختار

تأليف

عبد الله بن محمود بن مودود

الموصلى الحنفى

وعليه تعليقات لفضيلة المرحوم

الشيخ محمود أبو دققة

من أكابر علماء الحنفية والمدرس بكلية أصول الدين سابقا

المجلد الرابع

مَنْ يُرِدِ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا يُنَقِّهِهُ فِي الدِّينِ
[حديث شريف]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

باب النفقة

وَتَجِبُ لِلزَّوْجَةِ عَلَى زَوْجِهَا إِذَا سَلِمَتْ إِلَيْهِ نَفْسُهَا فِي مِثْلِهِ نَفْسُهَا
وَكَسَوْنُهَا وَمَسْكَنَاتُهَا

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

باب النفقة

الأصل في وجوبها قوله تعالى - أسكنوهن - من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن - ثم قال - لينفق ذو سعة من سعته - وقرأ ابن مسعود رضي الله عنه - أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن - من وجدكم - وقرأته كروايته عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقال تعالى - وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف - وقال تعالى - الرجال قوامون على النساء - ثم قال - وبما أنفقوا من أموالهم - وروى أبو حمزة الرقاشي عن عمه قال « كنت أخذ بزمان ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم أوسط أيام التشريق إذ ودعه الناس فقال : اتقوا الله في النساء » وذكر الحديث إلى أن قال « ولهن عليكم رزقهن » وكسوتهن بالمعروف » وقال عليه الصلاة والسلام لهند امرأة أبي سفيان « خذي من مال زوجك ما يكفيك ووليك بالمعروف » ولولا وجوبها عليه لما أمرها بذلك . وسبب وجوبها احتباسها عند الزوج إذا كان يتيما له الاستمتاع وطئا أو دواعيه أو التحصين لماته بعد زوال النكاح لأنها لما صارت محبوسة عنده في حقه عجزت عن الاكتساب والإنفاق على نفسها ، فلم تستحق النفقة عليه لماتت جوعا .

قال (وتجب للزوجة على زوجها إذا سلمت إليه نفسها في منزله نفقتها وكسوتها وسكناتها)

تُعْتَبَرُ بِقَدْرِ حَالِهِ ، وَهُوَ مُقَدَّرٌ بِكَيْفِيَّتِهَا بِإِلَّا تَقْتَدِرَ وَلَا إِسْرَافِيٍّ . وَيَفْرَضُ
لَهَا نَفَقَةُ كُلِّ شَهْرٍ وَتُسَلِّمُ لَهَا ، وَالْكِسْوَةُ كُلِّ سِتَةِ أَشْهُرٍ . وَيَفْرَضُ
لَهَا نَفَقَةُ خَادِمٍ وَاحِدٍ (س) :

لما مر من الدلائل (تعتبر بقدر حاله) لقوله تعالى - لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه
رزقه فلينفق مما آتاه الله - كذا اختاره الكرخي ، واختار الحصاف الاعتبار بحالهما . فان
كانا موسرين لها نفقة الموسر ، وإن كانا معسرين فنفقة المعسر . وإن كانت موسرة وهو
معسر فلها فوق نفقة المعسرة ، وإن كان بالعكس فدون نفقة الموسرة وإن كان أحدهما مفراطا
في اليسار والآخر مفراطا في الإعسار يقضى عليه بنفقة الوسط ، والقول قوله في إعساره في
حق النفقة لأنه منكر والبيئة يبينها لأنها مدعية . قال (وهو مقدر بكفايتها بلاقتير ولا إسراف)
لما تقدم من حديث هند ، وليس فيها تقدير لازم لاختلاف ذلك باختلاف الأوقات
والطباع والرخص والغلاء والوسط خبز البر والإدام بقدر كفايتها (ويفرض لها نفقة كل
شهر وتسلم إليها) لأنه يتعذر القضاء بها كل ساعة . ويتعذر لجميع المدة تقديرناه بالشهر
لأنه الوسط وهو أقرب الآجال (والكسوة كل ستة أشهر) لأنه يحتاج إليها في كل ستة
أشهر باختلاف الحر والبرد . ولزوج أن يلى الإتفاق بنفسه ، إلا أن يظهر عند القاضي
أنه لا ينفق عليها فيفرض لها كل شهر عنى ما بينا ، ويقدر النفقة بقدر الغلاء والرخص
في كل وقت ، ولا يقدر بالدرهم والدنانير ، ولو صالحته من النفقة على ما لا يكتفيها كلها
القاضي إن طلبت ذلك ، وإن كان الرجل صاحب مائدة لا يفرض عليه النفقة ويفرض
الكسوة . قال (ويفرض لها نفقة خادم واحد) وليس له أن يعطيها من خدمه من يخدمها
يغير رضاها . وقال أبو يوسف : يفرض لخادمين لأنها تحتاج إلى أحدهما لدخل البيت
والآخر لخارجه . ولهما أن الواحد يكفي لذلك فلا حاجة إلى اثنين حتى قيل لو كفاها بنفسه
لم يلزمه نفقة خادم ؟ وقيل إن كانت من بنات الأشراف فلها نفقة خادمين أحدهما للخدمة
والآخر للرسالة وأمور خارج البيت . وروى الحسن عن أبي حنيفة : إن كان الزوج
معسرا لا يفرض لها نفقة خادم أصلا ، وإن لم يكن لها خادم لا يفرض لها نفقة خادم ، وكذا
إذا كانت فقيرة وتخدم نفسها ، رواه الحسن عن أبي حنيفة ؛ وكسوة الصيف قميص
ومقنعة وملحفة ؛ وفي الشتاء مع ذلك جبة وسراويل على قدر حاله ؛ وعلى الموسر درع
سابوري وخمار إبريسم وملحفة كتان ، وتزاد في الشتاء جبة ولحافا ، وإن طلبت فراشا تنام
عليه لها ذلك ، لأن النوم على الأرض ربما يؤذيها ويمرضها ، وما تغطي به دفعا للحر والبرد
ويختلف ذلك باختلاف العادات والباق ، ولخادمتها قميص كرباس وإزار في الصيف ،
وفي الشتاء قميص وإزار وجبة وكساء وخضان ، فان امتنعت الخادمة عن الخدمة لانفقة لها ،

فإنْ نَشَرَتِ الْمَرْأَةُ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا ، وَإِنْ مَنَعَتْ نَفْسَهَا حَتَّى يُرْفِئَهَا مَهْرُهَا فَلَهَا النِّفَقَةُ ، وَلَوْ كَانَتْ كَبِيرَةً وَالزَّوْجُ صَغِيرٌ فَلَهَا النِّفَقَةُ ، وَبِالْعَكْسِ لَا ، وَلَوْ كَانَا صَغِيرَيْنِ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا ، وَلَوْ حَجَّتْ أَوْ حَبِسَتْ بِدَيْنٍ أَوْ غَضِبَهَا غَاصِبٌ فَلَهَا حَبُّهَا فَلَا نَفَقَةَ لَهَا ، وَإِنْ حَجَّ مَعَهَا فَلَهَا نَفَقَةُ الْحَضَرِ ، وَإِنْ مَرَضَتْ فِي مَنْزِلِهِ فَلَهَا النِّفَقَةُ ؛

لأنها مقابلة بالخدمة ، بخلاف الزوجة لأنها مقابلة بالحبس لا غير ؛ ولا تجبر المرأة على الطبخ والحلبز إذا امتنعت ، وبأنها بمن يخبز ويطبخ ، لأن الواجب عليه الطعام ، قالوا : وهذا إذا كانت لا تقدر على ذلك ، أو كانت من بنات الأشراف ، وإن كانت تقدر وتخدم نفسها تجبر عليه لأنها تمتنع . قال (فإن نشرت المرأة فلا نفقة لها) لما روى « أن فاطمة بنت قيس نشرت على أمها فقفلها عليه الصلاة والسلام إلى بيت ابن أم مكتوم ولم يجعل لها نفقة ولا سكنى » ولأن الموجب للنفقة الاحتباس وقد زال ، بخلاف ما إذا امتنعت من التمكن لأنه لا يفوت الاحتباس وهو يقدر عليه كرها ، فإن عادت إلى منزله عادت النفقة لعود الاحتباس (وإن منعت نفسها حتى يوفئها مهرها فلها النفقة) لأن لها الامتناع لتستوفى حقها ، فلو سقطت النفقة تنصّر ، والضرر يجب إلحاقه بالزوج الظالم الممتنع عن إيفاء حقها ، ولأن المنع بسبب من جهته فصار كالعدم ، وسواء كان قبل الدخول أو بعده ، وقالوا : إن كان بعد الدخول فلا نفقة لها لأنها سلمت المَوْضِعَ فليس لها أن تمنعه لقبض العوض كالبايع إذا سلم المبيع . ولأبي حنيفة أنها سلمت بعض المَوْضِعِ لأن المهر مقابل بجميع الوطئات على ما تقرر في كتاب النكاح ، فالبايع إذا سلم بعض المبيع له حبس الباقي كذا هذا (ولو كانت كبيرة والزوج صغير فلها النفقة ، وبالعكس لا) أما الأول فلأنها سلمت نفسها والعجز من جهته فصار كالحبوس والعين ، وأما الثاني فالمرأة صغيرة لا يستمتع بها لأن المراد من الاحتباس ما يكون وسيلة إلى المقصود من النكاح وأنه تمتنع بسبب منها فصار كالعدم (ولو كانا صغيرين فلا نفقة لها) لما مر ، ولو سكن دارا غصبا فامتنعت أن تسكن معه فليست بناشرة لأنها امتنعت بحق ، وإن كانت ساكنة في دارها ففنته من دخولها وقالت : حولني إلى منزل أو أكثر لى دارا فلها النفقة لما بينا . قال (ولو حجبت أو حبست بدین أو غضبها غاصب فذهب بها فلا نفقة لها) لزوال الاحتباس لامن جهته . وعن أبي يوسف أن الحجج الفرض لا يسقط النفقة ذكره في الأمالي لأنه عثر ، لكن تجب نفقة الحضر لأنها المستحقة فيعطيا نفقة شهر والباقي إذا رجعت (وإن حجَّ معها فلها نفقة الحضر) لأنها كالقيمة في منزله ولا يجب عليه الكراء (وإن مرضت في منزله فلها النفقة) وكذلك إذا جاءت إلى مريضة لأن الاحتباس موجود فانه يستأنس بها وتحفظ متاعه ويستمتع بها ولما وغيره

وكَلَامَةُ الْمُدْبِرَةِ وَأُمُّ الْوَلَدِ النَّفَقَةُ إِنْ بَوَّأَهَا مَوْلَاهَا بَيْتَ الزَّوْجِ وَإِلَّا فَلَا ،
فَإِنْ بَوَّأَهَا ثُمَّ اسْتَحْدَمَهَا سَقَطَتْ ؛ وَمَنْ أَعْسَرَ بِالنَّفَقَةِ لَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَهُمَا
وَتَوْمَرُ بِالِاسْتِدَانَةِ ؛ وَإِذَا قُضِيَ لَهَا بِنَفَقَةِ الْإِعْسَارِ ثُمَّ أَيْسَرَ ثُمَّ لَهَا نَفَقَةُ
الْمُوسِرِ ؛ وَإِذَا مَضَتْ مَدَّةٌ وَلَمْ يُنْفِقْ عَلَيْهَا سَقَطَتْ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ قُضِيَ
بِهَا أَوْ صَالَحَتْهُ عَلَى مِقْدَارِهَا ،

ومنع الوطاء لعارض كالحيض والنفس ، والقياس أن لانفقة لها إذا كان مرضا يمنع
الجماع كالصغيرة . وعن أبي يوسف إن مرضت عنده لها النفقة لأنه صحح التسليم ، ولو
سلمت إليه مريضة لانفقة لها لأن التسليم ما صحح ، وقوله مرضت في منزله إشارة إليه وإذا
طالبته بالنفقة قبل أن يجوها إلى منزله وهي بالغة فلها النفقة إذا لم يطالبها بالنفقة ، لأن النقا
حقه والنفقة حقها ، فلا يسقط حقها بتركه حقها ، فان طالبها بالنفقة فامتعت فلا نفقة لها
إلا أن يكون بحق على ما بينا . قال (وللأمة والمديرة وأُمُّ الولد النفقة إن بوأها مولاها
بيت الزوج) لوجود الاحتباس (وإلا فلا) لعدم (فان بوأها ثم استخدمها سقطت)
النفقة لقوات الاحتباس . قال (ومن أعسر بالنفقة لم يفرق بينهما وتؤمر بالاستدانة)
لتحليل عليه لأن في التفريق إبطال حقه وفي الاستدانة تأخير حقها والإبطال أضر فكان
دفعه أولى ، فاذا فرض لها القاضى وأمرها بالاستدانة صارت ديناً عليه فيتمكن من الإحالة
عليه والرجوع في تركه لو مات ، ولو استدانته بغير أمر القاضى تكون المطالبة عليها
ولا يمكنها الإحالة عليه ولا ترجع في تركه لأنها لا ولاية لها عليه ، فلهذا قال : تؤمر
بالاستدانة عليه ، ومعنى الاستدانة أن تشتري بالدين . قال (وإذا قضى لها بنفقة الإعسار
ثم أيسر تم لها نفقة الموسر) لأنها تختلف باختلاف الأحوال ، وما فرض تقدير لنفقة
لم تجب بعد ، فاذا تبدلت حاله لها المطالبة بقدرها ، وكذلك لو قضى بنفقة اليسار ثم أعسر
فرض لها نفقة المعسر لما بينا . قال (وإذا مضت مدّة لم يتفق عليها سقطت إلا أن يكون
قضى بها أو صالحته على مقدارها) فيقضى لها بنفقة ما مضى لأن النفقة لم تجب عوضاً عن
البضع ، لأن المهر وجب عوضاً عنه ، والعقد الواحد لا يوجب عوضين عن شيء واحد
ولا عوضاً عن الاستمتاع ، لأن الاستمتاع تصرف في ملكه ، والإنسان لا يجب عليه
شيء بالتصرف في ملكه ، فبقي وجوبه جزاء عن الاحتباس صلة ورزقا لا عوضاً ، لأن
الله تعالى سماه رزقا بقوله - وعلى المولود له رزقهن - والرزق اسم لما يذكر صلة ،
والصلوات لا تملك إلا بالتسليم حقيقة أو بقضاء القاضى كما في الهبة أو بالتزامه بالتراضى ،
لأنه لما لزمه بقضاء القاضى فلا بد يلزمه بالتزامه كان أولى ، لأن ولايته على نفسه أقوى .

فان مات أحدهما بعد القضاء أو الاصطلاح قبل القبض سقطت ، وإن أسلفها النفقة أو الكسوة ثم مات أحدهما كم يرجع بشيء ، وإذا كان الغائب مال حاضر في منزله أو وديعة أو مضاربة أو دين وعلم القاضي به وبالنكاح ، أو اعترف بهما من المال في يده يفرض فيه نفقة زوجته والديه ولديه الصغير ، وهذا إذا كان المال من جنس النفقة ويحللها أنها ما أخذتها وتأخذ منها كقبلا بها ، وإن لم يعلم القاضي بذلك وأنكر من في يده المال الزوجية أو المال كم تغبل بينها عليه ،

قال (فان مات أحدهما بعد القضاء أو الاصطلاح قبل القبض سقطت) لما بينا أنها صلة ، والصلة تسقط بالموت كالمدة قبل القبض . قال (وإن أسلفها النفقة أو الكسوة ثم مات أحدهما لم يرجع بشيء) وقال محمد : يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقى الزوج لأنها استعجلت عوضا عما تستحقه عليه بالاحتباس ، وقد بطل استحقاقها بالموت فيبطل من العوض بقدره . ولهما ما بينا أنها صلة ، وقد اتصل القبض بها فيبطل الرجوع بالموت كما في الهبة ، ألا ترى أنها لو هلكت من غير استهلاك لا يرجع بشيء بالإجماع . قال (وإذا كان للغائب مال حاضر في منزله أو وديعة أو مضاربة أو دين علم القاضي به وبالنكاح أو اعترف بهما من المال في يده يفرض فيه نفقة زوجته والديه ولديه الصغير) لأن الذي في يده المال أو عليه لما أقر بالزوجية فقد أقر بثبوت حقها فيه ، لأن لها أن تأخذ من مال زوجها حقا من غير رضاه وإقرار صاحب اليد في حق نفسه صحيح فيقضى القاضي عليه باعترافه ، فيقع القضاء عليه أولا ثم يسرى إلى الغائب ، بخلاف ما إذا جحد أحد الأمرين لأنه إن جحد الزوجية لا تسمع البيعة عليه لأنه ليس بنخض في الزوجية ، وإن جحد المال فهي ليست خصما في إثباته ، وعلم القاضي حجة يجوز له القضاء به في محل ولايته على ما عرف . ونفقة الوالدين والولد الصغير كنفقة الزوجة لأنها تجب بغير قضاء ، بخلاف غيرهم من الأقارب حيث لا تجب نفقتهم إلا بالقضاء لما أن وجوبها يختلف فيه . قال (وهذا إذا كان المال من جنس النفقة) كالدرهم والدنانير والطعام والكسوة لأن لها أن تأخذها بغير رضاه ، أما إذا كان من خلاف جنسها لا يفرض فيه النفقة لأنه يحتاج إلى بيعه ولا بيع على الغائب . أما عند أبي حنيفة فلائنه لا يباع على الحاضر فكذا على الغائب . وأما عندهما فلائنه إنما يباع على الحاضر لظهور ظلمه بامتناعه ولا كللك في الغائب . قال (ويحللها أنها ما أخذتها وتأخذ منها كقبلا بها) نظرا للغائب واحتياط له لاحتمال حضوره فيقيم البيعة على الطلاق أو على أنه أسلفها (وإن لم يعلم القاضي بذلك وأنكر من في يده المال الزوجية أو المال لم تغبل بينها عليه) لما بينا ، وإن لم يكن له مال ، وأرادت أن تقيم البيعة على الزوجية ليفرض لها

وَعَلَيْهِ أَنْ يُسْكِنَهَا دَارًا مُفْرَدَةً لَيْسَ فِيهَا أَحَدٌ مِنْ أَهْلِهِ . وَلَهُ أَنْ يَمْنَعَ أَهْلَهَا وَوَلَدَهَا مِنْ غَيْرِهِ الدُّخُولَ عَلَيْهَا . وَلَا يَمْنَعُهُمْ كَلَامُهَا وَالنَّظَرُ إِلَيْهَا . وَلَا يَمْنَعُهُمَا مِنَ الدُّخُولِ إِلَيْهَا كُلُّ جُمْعَةٍ وَغَيْرُهُمْ مِنَ الْأَقَارِبِ كُلِّ سَنَةٍ . وَالْمُطَلَّغَةُ النَّفَقَةُ وَالسَّكْنَى فِي عِدَّتِهَا بَائِنًا كَانَ أَوْ رَجَعِيًّا ،

القاضي النفقة ويأمرها بالاستدانة عليه لانتقيل لأنه قضاء على الغائب . وقال زفر : تقبل ويقضى بالنفقة ، واستحسنوا ذلك للحاجة . وعليه القضاة اليوم وهو يجتهد فيه فينفذ . قال (وعليه أن يسكنها دارا مفردة ليس فيها أحد من أهله) أما وجوب السكنى فلأنها من الحوائج الأصلية وهي من الكفاية فتجب كالطعام والشراب ، وقد قال تعالى - أسكنوهن - فكان واجبا حقا لها ، وتكون بين قوم صالحين ليعينوها على مصالح دنياها ويمنعونه من ظلمها لو أراد ، وليس له أن يشرك معها غيرها ، لأنه قد لا تأمن على متاعها ولا تتخلى لاستمتاعها إلا أن تختار ذلك لأنها رضية بنقص حقها ، ولو كان في الدار بيوت وأبت أن تسكن مع ضرتها أو مع أحد من أهله إن أدخلها بيتا منها وجعل له مرافق وغلقا (١) على حدة ليس لها أن تطلب بيتا آخر ، وإن لم يكن إلا بيت واحد فلها ذلك . قال (وله أن يمنع أهلها وولدها من غيره الدخول عليها) لأن المنزل ملكه (ولا يمنعهم كلامها والنظر إليها) أي وقت شاء لما فيه من قطعة الرحم ولا ضرر فيه إنما الضرر في المقام . وقيل لا يمنعهما من الخروج إلى الوالدين ، وقيل يمنع (ولا يمنعهما من الدخول إليها كل جمعة وغيرهم من الأقارب كل سنة) وهو المختار .

فصل

(وللمطلقة النفقة والسكنى في عدتها بائنا كان أو رجعيًا) أما الرجعي فلما تقدم أن النكاح قائم بينهما حتى يحل له الوطء وغيره . وأما البائن فلأنها محبوسة في حقه ، وهو صيانة الولد بحفظ الماء عن الاختلاط ، والحبس لحقه موجب للنفقة كما تقدم . وأما حديث فاطمة بنت قيس أنها قالت : طلقني زوجي ثلاثا فلم يفرض لي رسول الله سكنى ولا نفقة رده عمر وزيد بن ثابت وجابر وعائشة ، قال عمر : لاندع كتاب ربنا وستة نيينا يقول امرأة لاندري أصدقت أم كذبت ، حفظت أم نسيت ، سمعت رسول الله عليه الصلاة والسلام يقول « للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في العدة » ويروى « المبتوتة لها النفقة والسكنى » ولأنه ورد مخالفا قوله تعالى - أسكنوهن - . ومخالفا للإجماع في السكنى ، فإن ادعت أنها حامل أنفق عليها إلى سنتين منذ طلقها احتياطا للعدة ، فإن قالت : كنت

(١) قال في مختار الصحاح : الفلق بفتح الحين : المغلاق ، وهو ما يغلّق به الباب .

وَلَا نَفَقَةَ لِمُتَوِّتٍ فِي عَتَمَاتِ زَوْجِهَا ؛ وَكُلُّ فَرْقَةٍ جَاءَتْ مِنْ قِبَلِ الْمَرَأَةِ بِمَعْصِيَةٍ كَالرَّدَّةِ وَتَقْبِيلِ ابْنِ الزَّوْجِ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا ؛ وَإِنْ جَاءَتْ بِتَغْيِيرِ مَعْصِيَةٍ كَخِيَارِ الْعِتْقِ وَالْبُلُوغِ وَعَدَمِ الْكِفَاءَةِ فَلَهَا النَّفَقَةُ ، وَإِنْ كَانَتْ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجِ فَلَهَا النَّفَقَةُ بِكُلِّ حَالٍ ، وَإِنْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا ثُمَّ ارْتَدَّتْ سَقَطَتِ النَّفَقَةُ ، وَإِنْ مَكَنَتْ ابْنَ زَوْجِهَا لَمْ تَسْقُطْ .

أنوهم أنى حامل ولم أحض إلى هذه الغاية : يعنى أنها ممتدة الطهر وطلبت النفقة ، فلها النفقة ما لم تدخل في حد الإياس لأنها معتدة ، فإذا دخلت في حد الإياس استأنفت العدة ثلاثة أشهر . قال (ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها) لأنها محبوسة لحق الشرع للزوج فلا يجب عليه ، ألا يرى أنه لا يشترط فيها الحيض الذى تعرف به براءة الرحم والحمل الذى هو حقه ، ولأن المال انتقل إلى الورثة فلا يجب فى ما لهم . قال (وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية كالردّة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها ، وإن جاءت بتغير معصية كالعق والبلوغ وعدم الكفاءة فلها النفقة ، وإن كانت) الفرقة (من جهة الزوج فلها النفقة بكل حال) لأن النفقة صلة على مامر ، وبعضيان الزوج لا يحرم من النفقة وتحرم بعضيها مجازاة وعقوبة ، ولأنها حبست نفسها بغير حق فصارت كالناشرة ، بخلاف ما إذا كان بغير معصية لأنها حبست نفسها بحق وذلك لا يسقط النفقة لما تقدم وكللك إن وقعت الفرقة بالامان أو الإيلاء أو بالحب والعنة بعد الدخول أو الخلوة لها النفقة لما بينا ؛ وإذا طلقت الأمة المبوءة لها نفقة العدة ، فإن استخدمها المولى سقطت ، وكل امرأة لا نفقة لها يوم الطلاق لانفقة لها فى العدة كالمعتدة من نكاح فاسد ، والأمة إذا لم يوثق المولى بينا إلا الناشئة لأنها محبوسة فى حقه ؛ والمطلقة إذا لم تطلب نفقتها حتى انقضت عتبتها سقطت كالمتكوحه (وإن طلقها ثلاثا ثم ارتدت سقطت النفقة) لأنها صارت محبوسة فى حق الشرع ، وهذا إذا خرجت من بيت الزوج للحبس ، وما لم تخرج من بيته فلها النفقة (وإن مكنت ابن زوجها لم تسقط) لأن الفرقة تثبت بالطلاق الثلاث ولا أثر للتمكين فى ذلك وهى معتدة محبوسة فى حقه فتجب النفقة ؛ ولو كان الطلاق رجعيا فلا نفقة لها لأن الفرقة جاءت من قبلها بالتمكين وهو معصية فلا تستحق النفقة لما بينا ؛ ولو صالح امرأته على نفقة العدة إن كانت بالشهور جاز لأنها معلومة ، وإن كانت بالحيض لا يجوز لأنها مجهولة المدة فتكون النفقة مجهولة .

فصل

وَتَفَقَّهَ الْوُلَادِ الصَّغَارِ عَلَى الْأَبِ إِذَا كَانُوا فَقَرَاءَ ، وَلَيْسَ عَلَى الْأُمِّ لِإِرْضَاعِ الصَّبِيِّ إِلَّا إِذَا تَعَيَّنَتْ ، فَيَسْجِبُ عَلَيْهَا ، وَيَسْتَأْجِرُ الْأَبُ مَنْ تَرْضَعُهُ عِنْدَهَا ، فَإِنْ اسْتَأْجَرَ زَوْجَتَهُ أَوْ مَعْتَدَّتَهُ لِيَرْضِعَ وَلَدَهَا كَمْ يَجُزُّ ، وَبَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ هِيَ أَوْلَى مِنَ الْأَجْنَبِيَّةِ إِلَّا أَنْ تَطْلُبَ زِيَادَةَ أَجْرَةٍ ، وَتَفَقَّهَ الْآبَاءُ وَالْأَجْدَادُ إِذَا كَانُوا فَقَرَاءَ عَلَى الْوُلَادِ الذُّكُورِ وَالْإِنَاثِ ،

فصل

(وَتَفَقَّهَ الْوُلَادِ الصَّغَارِ عَلَى الْأَبِ إِذَا كَانُوا قَرَاءَ) لقوله تعالى - وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف - (وليس على الأم إرضاع الصبي) لأن أجره الإرضاع من نفقته وهي على الأب . قال (إلا إذا تعيَّن) بأن لم يجد غيرها أو لا يأخذ من لبن غيرها (فيجب عليها) حيثل صيانة للصغير عن الهلاك . قال (ويستأجر الأب من ترضعه عندها) لأن الأجر عليه والحضانة لها (فإن استأجر زوجته أو معتدته لترضع ولدها لم يجز) لأن الإرضاع مستحق عليها بالأصل ، لقوله تعالى - والوالدات يرضعن أولادهن - فاذا امتنعت حملناه على المعجر فحملناه علرا ، فاذا أقدمت عليه بالأجر علمنا قدرتها فكان واجبا عليها فلا يحل لها أخذ الأجر على فعل وجب عليها ، ولا خلاف في المعتدة الرجعية . وأما المبتوتة فلكذلك في رواية لأن النكاح قائم من وجه ، وقيل يجوز لأن النكاح قد زال بينهما لصارت أجنبية . وذكر الخصاص إذا لم يكن للصبي ولا لآبيه مال أجبرت الأم على الإرضاع وهو الصحيح لأنها ذات يسار في اللبن ، فان طلبت من القاضي أن يقضي لها بنفقة الإرضاع حتى ترجع بها على الأب إذا أيسر فعل كما لو كان معسرا وهي موسرة تجبر على الإنفاق على الصغير ثم ترجع على الأب إذا أيسر ، وإن كان للصبي مال روى عن محمد أنه يفرض لها نفقة الإرضاع في مال الصبي . قال (وبعد انقضاء العدة هي أولى من الأجنبية) فانها أشفق وفي ذلك نظر للصغير (إلا أن تطلب زيادة أجره) لما فيه من ضرر الأب ، وقيل في قوله تعالى - لا تنصرا - والدة بولدها - هو أن ترضى بأجرة المثل فلا يدفع إليها - ولا مولود له بولده - أن يؤخذ منه أكثر من أجر المثل . قال (ونفقة الآباء والأجداد إذا كانوا قراء على الأولاد الذكور والإناث) قال تعالى - ولا تقل لهما أف - . ناه عن الإصرار بهما بهذا القدر وترك الإنفاق عليهما عند حاجتهما أكثر لإضرارهما من ذلك . وقال عليه الصلاة والسلام « أنت ومالك لأبيك » وقال « إن أطيب ما أكل الرجل

ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين إلا للزوجة وقربة الولد أعلی وأسفل ،
ونفقة ذی الرحم سوى الوالدین والولد تجب على قدر الميراث ، وإنما
تجب إذا كان فقيراً أي زمانة لا يقدر على الكسب ، أو تكون أنثى فقيرة ،
وكذا من لا يحسن الكسب لخرقه أو لكونه من البيوتات ، أو طالب علم ،

من كسبه ، وإن ولد من كسبه ، فكلوا من كسب أولادكم ، فإذا كان مال الابن يضاف
إلى الأب بأنه كسبه صار غنيا به فتجب نفقته فيه ، وقال تعالى - ووصينا الإنسان بوالديه
حسنا - أي يحسن إليهما ، وليس إحسانا تركهما محتاجين مع قدرته على دفع حاجتهما ،
وقال تعالى في حق الوالدين الكافرين - وصاحبهما في الدنيا معروفا - وليس من المعروف
تركهما جائعين وهو قادر على إشباعهما ، وهو على الذكور والإناث على السواء في رواية ،
وهو المختار لاستوائهما في العلة والخطاب ، وقيل على قدر الإرث لقوله تعالى - وعلى
الوارث مثل ذلك - ويشترط فقرهم لأن إيجاب نفقة الغني في ماله أولى . رجل معسر له
أولاد صغار يحاولون له ابن كبير موسر يجبر على نفقتهم . قال (ولا تجب النفقة مع
اختلاف الدين إلا للزوجة وقربة الولد أعلی وأسفل) لإطلاق النصوص ، ولأن نفقة
الزوجة جزاء الاحتباس كما مر أو بالعقد كالمهر ، وذلك لا يختلف باختلاف الدين ، ولهذا
تجب مع يسارها ، وأما قربة الولد فلمكان الجزئية ، إذ الجزئية في معنى النفس ، ونفقة
النفس تجب مع الكفر فكذا الجزء ، وهذا إذا كانوا ذمة ، فان كانوا حربا لا تجب وإن
كانوا مستأمنين لقوله تعالى - إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين - الآية ،
بخلاف غيرهم من ذوى الأرحام ، لأن الإرث منقطع فيما بينهم ولا بد من اعتباره بالنسب .
قال (ونفقة ذی الرحم سوى الوالدين والولد تجب على قدر الميراث) كالإخوة والأخوات
والأعمام والعلمات والأخوال والخالات ، ولا تجب لرحم ليس بمحرم ، والأصل فيه
قوله تعالى - وعلى الوارث مثل ذلك - وفي قراءة ابن مسعود - وعلى الوارث ذی الرحم
المحرم مثل ذلك - فذكره الوارث إشارة إلى اعتباره قدر الميراث وليكون الغرم بالغنم (وإنما
تجب إذا كان فقيرا به زمانة لا يقدر على الكسب) أما الفقر فلما مر ، وأما المعجز عن
الكسب فلا أنه يكون غنيا بكسبه ، ولا كذلك الوالدان حيث تجب نفقتهما مع القدرة على
الكسب لما يلحقهما فيه من التعب والنصب ، والولد مأمور بدفع الضرر عنهما ، فيجب
عليه أن يدفع عنهما ضرر الاكتساب وذلك بالإتفاق عليهما . قال (أو تكون أنثى فقيرة) لأنه
أمانة الحاجة (وكذا من لا يحسن الكسب لخرقه (١) أو لكونه من البيوتات أو طالب علم)
لأن المعجز عن الاكتساب في حق هؤلاء ثابت ، لأن شرط وجوب نفقة الكبير المعجز

(١) الخرق بالخاء المعجمة والقاف : هو عدم معرفة عمل اليد .

وَنَفَقَةُ زَوْجَةِ الْأَبِ عَلَى ابْنِهِ ، وَنَفَقَةُ زَوْجَةِ الْإِبْنِ عَلَى أَبِيهِ إِنْ كَانَ صَغِيرًا
فَقِيرًا أَوْ زَمِنًا ، وَلَا تَجِبُ النَّفَقَةُ عَلَى فَقِيرٍ إِلَّا لِلزَّوْجَةِ وَالْوَلَدِ الصَّغِيرِ ،
وَالْمُعْتَبَرِ الْغَنِيِّ الْمَحْرَمِ لِلصَّدَقَةِ ؛

عن الكسب حقيقة كالزمن والأعشى ونحوهما ، أو معنى كمن به خرق ونحوه (ونفقة زوجة
الأب على ابنه) رواه هشام عن أبي يوسف (ونفقة زوجة الابن على أبيه إن كان صغيرا
فقيرا أو زمتا) لأنه من كفاية الصغير . وذكر في المبسوط لا يجبر الأب على نفقة زوجة
الابن ، ويجب على الابن نفقة خادم الأب إذا احتاج إليه لأن خدمة الأب مستحقة على
الابن فكلما نفقة من يخدمه ولا كذلك زوجة الابن . قال (ولا تجب النفقة على فقير إلا
للزوجة والولد الصغير) لقوله تعالى - ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله . وقال - وعلى
المولود له رزقهن - . ولأن نفقة الزوجة مجازاة وذلك يجب مع الفقر ، ولا تجب لغيرهم مع
الفقر لأنها صلة ، فلو وجبت للفقير على الفقير لم يكن لإيجابها عليه أولى من إيجابها له
(والمعتبر الغني المحرم للصدقة) هو المختار . وعن أبي يوسف أنه قدره بالنصاب . وعن
محمد إذا فضل عن نفقة شهر له ولعباله يجب عليه نفقة أقاربه وإن لم يكن له شيء مويكتسب
كل يوم درهما يكفيه أربعة دوانيق فإنه ينفق الفضل على أقربائه ، ومن له مسكن وخادم
وهو محتاج نخل له الصدقة وتجب نفقته على أقاربه ، فإن كان في مسكنه فضل يكفيه
بعضه يؤمر ببيع البعض وينفق على نفسه ، وكذا إذا كانت له دابة نفيسة يؤمر ببيعها
ويشترى الأوكس وينفق الفضل ؛ ومن كان يأكل من الناس تسقط نفقته عن القريب ،
وإن أعطوه قدر نصف كفايته يسقط نصف النفقة . وقال أبو يوسف : إذا كان الابن
فقيرا كسوبا والأب زمن شاركة في القوت بالمعروف ، ومن لم يقدر على الكسب للزمانة
أو كان مقعدا يتكفف الناس فنفقته ونفقة ولده في بيت المال ؛ ولو كان الأب معسرا
والأم موسرة تؤمر الأم بالنفقة على الولد ثم ترجع على الأب إذا أسير ؛ وكذلك إذا كان
للأب المعسر أخ موسر يؤمر بالإنفاق على الصغير ثم يرجع على الأب ، وكذلك المرأة
المعسرة إذا كان زوجها معسرا ولها ابن من غيره موسر أو أخ موسر فنفقها على زوجها
ويؤمر الابن أو الأخ بالإنفاق عليها وترجع على زوجها إذا أسير . ويجس الابن أو الأخ
إذا امتنع لأن هذا من المعروف ، وإذا كان للفقير أب غني وابن غني فالنفقة على الابن
لأن شبهته في مال الابن أكثر ، قال عليه الصلاة والسلام « أنت ومالك لأبيك » ويعتبر
في نفقة قرابة الولاد الأقرب فالأقرب دون الإرث ، لأن الله أوجب النفقة على المولود
له وأنه مشتق من الولاد وهو الجزئية والبعضية باعتبار التولد والضرع عنه ، وفي نفقة
ذي الرحم المحرم يعتبر كونه أهل الإرث ، ويجب بقدر الميراث عند الاجتماع لأنه تعالى

وإذا باع الأب متاع ابنه في نفقته جاز (مم) ، ولو أنفق من مال له في يده جاز ، وإذا قضى القاضي بالنفقة ثم مضت مدة سقطت إلا أن يكون القاضي أمر بالاستدانة عليه ، وعلى المولى أن ينفق على رقيقه ، فإن امتنع اكتسبوا وأنفقوا ، وإن لم يكن لهم كسب أجبر على بيعهم ،

أوجبا باسم الوراثة . فقير له ابن وبنت فنفقة عليهما نصفان ، ولو كان له بنت وأخ فنفقته على بنته لأنها أقرب . له بنت وابن ابن موسران فنفقته على البنت لأنها أقرب ، ولو كان له بنت بنت وابن بنت وأخ موسرون فنفقته على أولاد أولاده دون الأخ لما بينا . فقير له أخ وأخت لأب وأم فالنفقة عليهما بقدر ميراثهما ، ولو كان له أخت وعم فعليهما نصفان ، ولو كان له أم وجد فعليهما أثلاثا . وروى الحسن عن أبي حنيفة كلها على الجد ، ولو كان له أم وجد وأخ فالثالث على الأم والباقي على الجد ، وعندهما الباقي على الأخ والجد نصفان . له عم وخال النفقة على العم . له خال وابن عم النفقة على الخال والميراث لابن العم ، وفي العمة والحالة ثلاثان وثلاث . قال (وإذا باع الأب متاع ابنه في نفقته جاز) وقالوا : لا يجوز ، وفي العقار لا يجوز بالإجماع (ولو أنفق من مال له في يده جاز) بالإجماع لأنه ظفر بجنس حقه فله أن يأخذه لأن نفقته واجبة قبل القضاء لما بينا والأم في هذا كالأب . لهما أن بالبلوغ انقطعت ولايته عنه وعن ماله حتى لا يملك ذلك في حضرته ولا في دين غير النفقة وصار كالأم . وله وهو الاستحسان أن للأب أن يحفظ مال ابنه الغائب كالوصي ، وبيل أولى لأنه أوفر شفقة وبيع الثقل من باب الحفظ ، فإذا باعه فالن من جنس حقه وهو نفقته فيأخذ منه حقه ، ولا كذلك العقار فإنه محفوظ بنفسه وبخلاف الأم وغيرها من الأقارب لأنه لا ولاية لهم حال صغره ، ولا ولاية الحفظ حالة الغيبة مع الكبر فافترقا . قال (وإذا قضى القاضي بالنفقة ثم مضت مدة سقطت) لأنها إنما وجبت دفعا للحاجة وقد اندفعت ، بخلاف الزوجة إذا قضى لها لأنها وجبت مع اليسار للدفع الحاجة فلا تسقط بحصول الاستغناء قال (إلا أن يكون القاضي أمر بالاستدانة عليه) لأن ولاية القاضي عامة ، فكان الغائب أمره بذلك فتصير ديننا في ذمته فلا تسقط . قال (وعلى المولى أن ينفق على رقيقه) لقوله عليه الصلاة والسلام في حقهم « أطعموهم مما تأكلون ، وألبسوهم مما تلبسون ، ولا تعذبوا عباد الله » ولأنهم مشغولون بخدومتهم محبوسون في ملكهم فيجب عليهم الإنفاق عليهم لئلا يهلكوا جوعا (فإن امتنع اكتسبوا وأنفقوا) لأن فيه رعاية للجانبين : جانبه ببقاء ملكه ، وجانبهم بدفع حاجتهم (وإن لم يكن لهم كسب) كالزمن والأعشى والحارية المستحسنة التي لا تاجر (أجبر على بيعهم) لأن الرقيق من أهل الاستحقاق وفي بيعهم إيفاء حقهم وإيفاء حق المولى بنقله إلى الخلف ،

وَسَائِرُ الْحَيَوَانَاتِ يُخْتَبَرُ فِيهَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى .

فصل في الحضانة

وَإِذَا اخْتَصِمَ الزَّوْجَانِ فِي الْوَلَدِ قَبْلَ الْفُرْقَةِ أَوْ بَعْدَهَا فَلِأُمِّ أَحَقُّ ، ثُمَّ لَأُمِّهَا ثُمَّ لَأَبِّ ثُمَّ لِأَخْتِ لِأَبَوَيْنِ ثُمَّ لَأُمِّ

ولا يلزم على هذا الإحصار بنفقة الزوجة ، لأن نفقتها تصير ديناً عليه فتتمكن من مطالبته وحجبه ، ولا دين للعبد على مولاه ، ولأنه يفوت ملكه في النكاح لا إلى خلف ، وههنا يفوت إلى النّ ، على أن البيع هنا يقع باختياره وعقده والفسخ لا بفعله . قال (وسائر الحيوانات يجبر فيها بينه وبين الله تعالى) لما فيه من إضاعة المال وتعذيب الحيوان ، وقد ورد النهي عنهما ، وليست من أهل الاستحقاق ليقضى لها يجبر المولى على نفقتها أو بيعها .

فصل في الحضانة

وهي من الحفظ ، وهو مادون الإبط إلى الكشح ، وحضنا الشيء : جانباه ، وحضن الطائر بيضه يحضنه : إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه ، فكان المربي الولد يتخلده في حضنه وإلى جنبه ، ولما كان الصغير عاجزاً عن النظر في مصالح نفسه جعل الله تعالى ذلك إلى من يلي عليهم ، ففوض الولاية في المال والعقود إلى الرجال ، لأنهم بذلك أقوم وعليه أقدر ، وفوض التربية إلى النساء لأنهن أشفق وأحن وأقدر على التربية من الرجال وأقوى . قال (وإذا اختصم الزوجان في الولد قبل الفرقة أو بعدها فالأُمُّ أَحَقُّ) لما روى « أن امرأة أتت رسول الله عليه الصلاة والسلام فقالت : يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وحجرى له حواء ، وثدي له سقاء ، وزعم أبوه أنه ينزعه مني ، فقال عليه الصلاة والسلام : أنت أحق به ما لم تنكحي » . وروى سعيد بن المسيب أن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه طلق زوجته أم بكر عاصم ، فتنازعا وارفعنا إلى أبي بكر الصديق رضي الله عنه ، فقال له أبو بكر : ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر ، ودفعه إليها والصحابة حاضرون متكثرون ، ولأنها أقوم بالتربية وأقدر عليها من الأب فكان الدفع إليها أنظر للصبي ، وكل من له حضانة لا يدفع إليه الولد ما لم يطلبه فعاها يعجز عنه ، بخلاف الأب إذا امتنع عن أخذه بعد الاستغناء عن الحضانة حيث يجبر على أخذه إذا امتنع ، لأن الصيانة عليه . قال (ثم أمها ثم أم الأب ثم الأخت لأبوين ثم لأم

ثم لأب ، ثم الخالات كذلك ، ثم العمات كذلك أيضاً ، وبنات الأخ من أولى من بنات الأخ ، وهن أولى من العمات ، ومن لها الحضنة إذا تزوجت بأجنبي سقط حقها ، فإن فارقت عاد حقها ، والقول قول المرأة في نفى الزوج ، ويكون الغلام عندهن حتى يستغنى عن الخدمة ، وتكون الجارية عند الأم والجدّة حتى تحيض وهنّ غيرهما حتى تستغنى ،

ثم لأب ، ثم الخالات كذلك ، ثم العمات كذلك أيضاً ، وبنات الأخ من بنات الأخ ، وهن أولى من العمات (والأصل في ذلك أن هذه الولاية تستفاد من قبل الأمهات لما قدمنا ، فكانت جهة الأم مقدمة على جهة الأب ، ولأن الجدات أقرب من الأخوات ، والأخوات أقرب من الخالات والعمات . وروى محمد عن أبي حنيفة أن الخالة مقدمة على الأخت لأب ، لأن الخالة بمنزلة الأم ، قال عليه الصلاة والسلام « الخالة والدة » والخالات مساويات للعمات في القرب ، وإنما تقدم الخالات لأن قرابتهن من جهة الأم ، وتقدم من كانت لأب وأم لأنها تدل بيهمتين فتكون أولى ثم من الأم ثم من الأب ترجيحاً لقرابة الأم ، ولا حق لمن لم يرحم غير محرم كبنات الأعمام والعمات وبنات الأخوال والخالات قال (ومن لها الحضنة إذا تزوجت بأجنبي سقط حقها) لقوله عليه الصلاة والسلام « أنت أحقّ به مالم تنكح » وفي رواية « مالم تزوج » وفي حديث أبي بكر « أمه أولى به مالم يشب أو تزوج » ولأن الصبي يلحقه من زوج أمه جفاء فيسقط حقها للمفترقة ، لأن حقها إنما يثبت في الحضنة لشفقتها نظراً له ، فإذا زالت زال ، بخلاف ما إذا تزوجت بلدى رحم محرم من الصبي حيث لا تسقط لشفقتها عليه ، كما إذا تزوجت الأم بعمه والجدّة بالجدّ لأنه لا يلحقه جفاء من جدّه وعمه . قال (فإن فارقت عاد حقها) لأن المانع قد زال (والقول قول المرأة في نفى الزوج) لأنها تنكر بطلان حقها في الحضنة . قال (ويكون الغلام عندهن حتى يستغنى عن الخدمة) فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنحي وحده ، وقدره أبو بكر الرازي بتسع سنين ، والحصاف يسع اعتباراً للغالب ، وإليه الإشارة بقول الصديق رضي الله عنه : هي أحقّ به حتى يشب ، ولأنه إذا استغنى يحتاج إلى التأديب بآداب الرجال والتخلق بأخلاقهم وتعليم القرآن والعلم والحرف ، والأب على ذلك أقدر فكان أولى وأجلد . قال (وتكون الجارية عند الأم والجدّة حتى تحيض وعند غيرهما حتى تستغنى) وقيل حتى تشهى ، لأن الجارية بعد الاستغناء تحتاج إلى التأديب بآداب النساء وتعلم أشغالهن ، والأم أقدر على ذلك ، فإذا بلغت احتاجت إلى الحفظ والصيانة ، والأب على ذلك أقدر ، وأما غير الأم والجدّة فلائها لا تقدر على استخدامها فلا يحصل التأديب ، ولا كذلك الأم والجدّة . وعن محمد إذا بلغت حداً

وَإِذَا كُنْ يَكُنْ لِلصَّغِيرِ امْرَأَةً أَخَذَهُ الرِّجَالُ ، وَأَوَّلَاهُمْ أَقْرَبُهُمْ تَعْصِيَا ،
وَلَا تُدْفَعُ الصَّبِيَّةُ إِلَى غَيْرِ مُحَرَّمٍ ، وَلَا إِلَى مُحَرَّمٍ مَاجِنٍ فَاسِقٍ ، وَإِذَا اجْتَمَعَ
مُسْتَحِقُّو الْحَضَانَةِ فِي دَرَجَةٍ وَاحِدَةٍ فَأَوْرَعُهُمْ أَوَّلَى ثُمَّ أَكْبَرُهُمْ ، وَلَا
حَقَّ لِلأُمَّةِ وَأُمِّ الْوَلَدِ فِي الْحَضَانَةِ ، وَالذَّمِّيَّةُ أَحَقُّ بِوَلَدِهَا الْمُسْلِمِ مَا كُنْ
يُخْفَ عَلَيْهِ الْكُفْرُ ، وَلَيْسَ لِلأَبِ أَنْ يُخْرِجَ بِوَلَدِهِ مِنْ بَلَدِهِ حَتَّى يَبْلُغَ
حَدَّ الْإِسْتِغْنَاءِ ، وَلَيْسَ لِلأُمِّ ذَلِكَ إِلَّا أَنْ تُخْرِجَهُ إِلَى وَطَنِهَا وَقَدْ وَقَعَ الْعَقْدُ
فِيهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ تَزَوُّجُهَا فِي دَارِ الْحَرْبِ وَهُوَ وَطَنُهَا .

تشبهى بأخذها الأب من الأم للحاجة إلى الحفظ . وسئل محمد : إذا اجتمع النساء ولهن
أزواج ؟ قال : يضعه القاضي حيث شاء لأنه لاحق " لهن " كمن لاقرباه له . قال (وإذا لم يكن
للصغير امرأة أخذه الرجال) صونا له (وأولاهم أقربهم تعصيا) لأن الولاية عليه بالقرب ،
وكذلك إذا استغنى عن الحضانة ، فالأولى بالحفظ أقربهم تعصيا . قال (ولا تدفع الصبية
إلى غير محرم) كابن العم ومولى المتأققة خوفا من الوقوع في المعصية (ولا إلى محرم مَاجِنٍ
فاسق) لأنه لا يؤمن بسقه فان لم يكن لها إلا ابن عم " فان شاء القاضي ضمها إليه إن كان
أصلح ، وإلا وضعها عند أمينة ، ولو كان الأخ خوقا عليها يضعها القاضي عند امرأة ثقة .
الطيب المأمونة لها حق " التفرد بالسكنى ، فان لم تكن مأمونة فالأب يضمها إليه ، وليس
للأبكر حق " التفرد ، فان دخلت في السن " وكان لها رأى فلها أن تفرد . قال (وإذا اجتمع
مستحقو الحضانة في درجة واحدة فأورعهم أَوَّلَى ثُمَّ أَكْبَرُهُمْ ، ولا حق " للأمة وأم الولد
في الحضانة) لأنها من باب الولاية وليستا من أهلها ، فاذا اعتقتا فهما كالحرة (والذمية
أحق " بولدها المسلم ما لم يخف عليه الكفر) لأن النظر له في حضانتها قبل ذلك وبعده عليه
فيه الضرر . قال (وليس للأب أن يخرج بولده من بلده حتى يبلغ حد " الاستغناء) لما فيه
من إبطال حق " الأم " من الحضانة (وليس للأُم ذلك إلا أن تخرجه إلى وطنها وقد وقع
العقد فيه) لأن التزوج فيه دليل المقام فيه ظاهرا فقد ألزم المقام . في بلدها ، وإنما ألزمها
اتباعه بحكم الزوجية ، فاذا زالت الزوجية جاز لها أن تعود إليه لأنه رضى بذلك (إلا أن
يكون تزوجها في دار الحرب وهو وطنها) لأنه ضرر بالصبي " لأنه يتعود أخلاق الكفار
وربما يالفهم ، وإذا أرادت أن تخرجه إلى بلدها ولم يقع العقد فيه ليس لها ذلك . لأنه
لم يلزم لها ذلك لأنه لم يلزم لها المقام فيه فلا يجوز لها التفريق بينه وبين الولد من غير
التزام . وعن شريح : إذا تفرقت الدار فالحصبة أحق " بالولد ، وإن كان العقد في غير
وطنها فأرادت أن تنقله إليه ليس لها ذلك ، لأنه دار غربة كالبطل الذي فيه الزوج ،

كتاب العتق

وإذا تساوى لم يميز لها نقله ، وقيل لها ذلك لأن العقد وجد فيه فيوجب أحكامه فيه فلا بدّ في الثقة من الوطن ووقوع العقد فيه ، وهذا إذا كان بين المصرين مسافة ، أما إذا كان بينهما ما يمكن الأب الاطلاع عليه ويبيت في منزله فلا بأس به ، لأنه لا يلحقه بذلك ضرر ، وصار كالنقلة من حلة إلى أخرى في المصر المتباعد الأطراف ، والقريتان كالمصريين ، وكذا لو انتقلت من القرية إلى المصر ، لأن فيه نظرا للصغير حيث يتحلّق بأخلاق أهل المصر ، وبالعكس لا ، لأن أخلاق أهل السواد أجنبي فكان فيه ضرر بالصبيّ فلا يجوز .

كتاب العتق

وهو في اللغة : القوة : يقال : عتق الطائر إذا قوى على الطيران ، وعتاق الطير : كواسبها لقوتها على الكسب ، وعتقت الخمر : قويت واشتدّت ، ويستعمل للجمال ، يقال : فرس عتيق : أي رائع جميل ، وسمى الصديق عتيقا لجماله ، ويستعمل للكرم ، ومنه البيت العتيق : أي الكريم ، ويستعمل للسعة والجودة ، ومنه رزق عاتق : أي جيد واسع . وفي الشرع : زوال الرقّ عن المملوك وفيه هذه المعاني اللغوية فانه بالعتق بقوى على ما لم يكن قادرا عليه قبله من الأقوال والأفعال ، ويورثه جمالا وكرامة بين الناس ويزول عنه ما كان فيه من ضيق الحجر والعبودية فيتسع رزقه بسبب القدرة على الكسب . والحرية : الخلاص ، والحرّ : الخالص ، ومنه طين حرّ : خالص لأرمل فيه ، وأرض حرّة : خالصة من الخراج والنوائب . والتحرير : إثبات الحرية وهو الخلوّ في الذات عن شائبة الرقّ . والرقّ في اللغة : الضعف ، ومنه ثوب رقيق ، وصوت رقيق : أي ضعيف . وفي الشرع : ضعف معنويّ ، وهو العجز عما يقدر عليه الحرّ من الولايات والشهادات والخروج إلى الحجّ والجهاد وصلاة الجمعة والجنائز وغيرها من العبادات ، وبالإعناق والتحرير تنبت له القوة على هذه الأفعال وتخلصه عن شوائب الرقّ والإذلال . وقال القدوري رحمه الله : العتق إسقاط الحقّ عن الرقّ ، والحقوق تسقط بالإسقاط ، فإسقاط الحقّ عن الرقّ عتق ، وعن استباحة البضع طلاق ، وعن الديون براءة ، فانه إذا أسقط حقه عن هذه الأشياء لم يبق شيء يحتاج إلى النقل فيسقط ، ولا كذلك الأعيان فانه لا يصحّ إسقاط الحقّ عنها ، لأن العين بعد الإسقاط تبقى غير منتقلة فلا يسقط حقه وهو قضية مشروعة وقربة مندوبة . أما شرعيّتها فقولوه تعالى - فتحرير رقبة - وقال - فتحرير رقبة مؤمنة - كلفنا بتحرير الرقبة ، ولولا شرعيّتها لما كلفناه ، إذ تكليف

ولا يقع إلا من مالك قادر على التبرعات . وألفاظه : صريح ، وكنابة . فالصريح يقع بغير نية ، وهو قوله : أنت حر ، أو محرر ، أو عتيق أو معتق ، وأعنتك ، أو حررتك ، وهذا مولاي ، أو يا مولاي ، أو هذه مولائي ، وياحر ، ويا عتيق ، إلا أن يجعل ذلك اسماً له فلا يعتق ؛ وكذلك إضافة الحرية إلى ما يعبر به عن البدن .

ما ليس بمشروع قبيح ، والنبي عليه الصلاة والسلام وأصحابه أعثوا ، والإجماع على شرعيته ، وأما الندية فلقوله تعالى - فك رقبة أه إطعام في يوم ذي مسغبة - والندية تدل على المشروعية أيضاً . وروى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أيما مؤمن أعتق مؤمناً في الدنيا أعتق الله بكل عضو منه عضواً منه من النار » وسأل أعرابي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : « علمني عملاً يدخلني الجنة » فقال : إن أقصرت الخطيئة لقد عرضت المسئلة أعتق النسيمة وفك الرقبة ، قال : أليسا واحداً ؟ قال لا ، عتق الرقبة أن تنفرد بعتقه ، وفك الرقبة أن تعين في ثمنها « ثم العتق قد يقع قربة ومباحاً ومعصية ، فإن أعتقه لوجه الله تعالى أو عن كفارة فهو قربة ، وإن أعتقه من غير نية أو أعتقه لفلان فهو مباح وليس بقربة ، وإن أعتقه للصم أو للشيطان فهو معصية . ويستحب أن يكتب له كتاباً بالعتق ويشهد عليه به توثقاً وخوفاً من التجاحد (ولا يقع إلا من مالك قادر على التبرعات) أما الملك فلقوله عليه الصلاة والسلام « لا عتق فيها لأملكه ابن آدم » ، وكذلك إذا أضافه إلى ملكه كما مر في الطلاق ، وأما كونه قادراً على التبرعات فلا أنه تبرع . قال (وألفاظه صريح وكنابة ، فالصريح يقع بغير نية) كما قلنا في الطلاق (وهو قوله : أنت حر ، أو محرر ، أو عتيق ، أو معتق) وإن نوى به الخلوص والقدم صدق ديانة لا قضاء ، لأنه خلاف الظاهر وهو يحتمله (و) قوله (أعنتك ، أو حررتك) صريح أيضاً (و) كذلك (هذا مولاي ، أو يا مولاي) لأنه يستعمل في العتق والمعتق فإذا انتفى أحدهما ثبت الآخر ضرورة ، ولو نوى النصرة والمحبة صدق ديانة لا قضاء لما بينا ، ولو قال : أنت حر من هذا العمل ، أو أنت حر اليوم من هذا العمل عتق قضاء لأنه متى صار حراً في شيء صار حراً في كل الأشياء ، لأن الحرية لا تنجز (وياحر ، ويا عتيق) صريح أيضاً (إلا أن يجعل ذلك اسماً له فلا يعتق) إلا أن يريد به الإنشاء . قال (وكذلك إضافة الحرية إلى ما يعبر به عن البدن) وهو كالطلاق في التفصيل والحكم والخلاف والعلة ، ولو أعتق جزءاً شائعاً كالثلث والربع عتق ذلك الجزء عند أبي حنيفة ويسمى العبد في البائي ، وعندهما يعتق كله على ما نيينه ؛ ولو قال : بعضك حر

وَالْكِنَايَاتُ تَحْتَاجُ إِلَى النَّبَةِ ، وَذَلِكَ مِثْلُ قَوْلِهِ : لَامِلِكَ لِي عَلَيْكَ ، وَلَا سَبِيلَ لِي عَلَيْكَ ، وَلَا رِقَّ ، وَخَرَجْتَ مِنْ مِلْكِي ؛ وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ لِأَمْتِهِ : أَطْلَقْتُكَ ، وَكَوَّ قَالَ طَلَقْتُكَ لَا تَعْتَقُ وَإِنْ نَوَى ، وَإِنْ قَالَ : هَذَا ابْنِي أَوْ ابْنِي أَوْ أُمِّي عَتَقَ (سم) ،

أَوْ جَزْؤُكَ عَتَقَ كُلَّهُ عِنْدَهُمَا . وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ يُؤْمَرُ بِالْيَبَانِ . وَلَوْ قَالَ : دَمَكَ حَرَّ فَيَه رَوَايَتَانِ . وَعَنْ أَبِي يُونُسَ لَوْ قَالَ لِأَمْتِهِ : فَرَجَكَ حَرًّا مِنَ الْجَمَاعِ عَتَقْتَ ، وَلَوْ قَالَ لِعَبْدِهِ : فَرَجَكَ حَرًّا يَعْتَقُ ، وَقِيلَ لَا يَتَعَقُ لِأَنَّ فَرَجَ الْمَرْأَةِ يَعْبُرُ بِهِ عَنْ جَمِيعِ الْبَدَنِ لَا فَرَجَ الرَّجُلِ ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « لَنْ أَلْقِيَ الْقُرُوجَ عَلَى السُّرُوجِ » وَالْمُرَادُ النِّسَاءُ ، وَفِي الْأَسْتِ وَالْأَمْتِ وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَتَعَقُ لِأَنَّهُ لَا يَعْبُرُ بِهِ عَنْ الْبَدَنِ ، وَفِي الْعَتَقِ رَوَايَتَانِ . وَمِمَّا يُلْحَقُ بِالصَّرِيحِ قَوْلُهُ لِعَبْدِهِ : وَهَبْتُ لَكَ نَفْسَكَ ، أَوْ بَعْتُكَ نَفْسَكَ فَانْهَى عَنْهُ يَعْتَقُ بِغَيْرِ نِيَّةٍ قُلَّ الْعَبْدُ أَوْ لَمْ يَقْبَلْ ، لِأَنَّ ذَلِكَ يَقْتَضِي زَوَالَ الْمُلْكِ إِلَى الْعَبْدِ فَيَزُولُ مِلْكُهُ بِإِذْنِهِ صَرِيحًا ، فَلَمْ يَكُنْ صَرِيحًا فِي الْعَتَقِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَوْضُوعٍ لَفَةً ، لَكِنَّهُ مُلْحَقٌ بِالصَّرِيحِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَقَعُ بِغَيْرِ نِيَّةٍ ، وَإِنَّمَا يَمْلِكُ الْعَبْدُ النَّفْسِيَّةَ دُونَ الْمَالِيَّةِ لِأَنَّهُ بِغَيْرِ عَوَظٍ فَيَكُونُ إِعْتَاقًا فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى الْقَبُولِ ، حَتَّى لَوْ قَالَ لَهُ : بَعْتُ مِنْكَ نَفْسَكَ بِكَذَا افْتَقَرَ إِلَى الْقَبُولِ لِمَكَانِ الْعَوَظِ (وَالْكِنَايَاتُ تَحْتَاجُ إِلَى النَّبَةِ) لِاحْتِمَالِ اللَّفْظِ الْعَتَقَ وَغَيْرِهِ فَلَا يَتَعَيَّنُ أَحَدُهُمَا إِلَّا بِالْبَالِيَةِ كَمَا قُلْنَا فِي الطَّلَاقِ (وَذَلِكَ مِثْلُ قَوْلِهِ : لَامِلِكَ لِي عَلَيْكَ ، وَلَا سَبِيلَ لِي عَلَيْكَ ، وَلَا رِقَّ ، وَخَرَجْتَ مِنْ مِلْكِي) لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ لَامِلِكَ لِي عَلَيْكَ لِأَنِّي بَعْتُكَ أَوْ وَهَبْتُكَ ، وَيَحْتَمِلُ لِأَنِّي أَهْتَقْتُكَ ، وَكَذَا سَائِرُهَا فَاحْتَاجُ إِلَى النَّبَةِ ، وَكَذَا خَلَيْتُ سَبِيلَكَ ، وَلَا سَبِيلَ لِي عَلَيْكَ ، لِأَنَّ نَبِيَّ السَّبِيلِ يَكُونُ بِالْبَيْعِ وَيَكُونُ بِالْكِتَابَةِ وَيَكُونُ بِالْعَتَقِ فَلَا يَتَعَيَّنُ إِلَّا بِالْبَالِيَةِ (وَكَذَا لَوْ قَالَ لِأَمْتِهِ : أَطْلَقْتُكَ) لِأَنَّهُ بِمَعْنَى خَلَيْتُ سَبِيلَكَ (وَلَوْ قَالَ : طَلَقْتُكَ لَا تَعْتَقُ وَإِنْ نَوَى) وَكَذَلِكَ سَائِرُ أَفْظَاظِ صَرِيحِ الطَّلَاقِ وَكِتَابَاتِهِ ، لِأَنَّ مِلْكَ الْبَيْنِ أَقْوَى مِنْ مِلْكِ النِّكَاحِ ، وَمَا يَزِيلُ الْأَقْوَى يَزِيلُ الْأَضْعَفَ بِطَرِيقِ الْأَوَّلَى ، أَمَا مَا يَكُونُ مَزِيلًا لِلْأَضْعَفِ لَا يُلْزَمُ أَنْ يَكُونَ مَزِيلًا لِلْأَقْوَى ، وَلِأَنَّ الْعَتَقَ إِثْبَاتٌ لِلْقُوَّةِ عَلَى مَا قَدِمْنَاهُ ، وَالطَّلَاقُ رَفْعٌ لِلْقَيْدِ ، وَبَيْنَ الْإِثْبَاتِ وَالرَّفْعِ تَضَادٌّ ، وَلِأَنَّ صَرِيحَ الطَّلَاقِ وَكِتَابَاتِهِ مُسْتَعْمَلَةٌ لِحُرْمَةِ الْوَطْءِ ، وَحُرْمَةِ الْوَطْءِ تَنَافَى النِّكَاحِ وَلَا تَنَافَى الْمَمْلُوكِيَّةِ فَلَا يَقَعُ كِتَابَةُ عَنْهُ ، وَلَوْ قَالَ لِأَمْتِهِ : أَنْتَ حُرٌّ أَوْ لِعَبْدِهِ : أَنْتَ حُرٌّ لَا تَعْتَقُ إِلَّا بِالْبَالِيَةِ ، لِأَنَّهُ لَيْسَ صَرِيحًا فِيهِ ، وَلَوْ قَالَ : لِأَحَقِّ لِي عَلَيْكَ يَعْتَقُ إِذَا نَوَى ، رَوَى ذَلِكَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ ، لِأَنَّ الْحَقَّ عِبَارَةٌ عَنِ الْمُلْكِ فَكَانَتْ قَالَ : لَامِلِكَ لِي عَلَيْكَ ، وَلَوْ قَالَ : أَنْتَ اللَّهُ ، أَوْ جَعَلْتُكَ خَالِصًا لِلَّهِ ، رَوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يَتَعَقُ لِأَنَّ الْأَشْيَاءَ كُلَّهَا تَعَالَى بِحُكْمِ التَّخْلِيقِ . وَعِنَّمَا أَنَّهُ يَعْتَقُ لِأَنَّ الْخُلُوصَ لِلَّهِ تَعَالَى لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا بِالْعَتَقِ . قَالَ (وَإِنْ قَالَ هَذَا ابْنِي أَوْ ابْنِي أَوْ ابْنِي عَتَقَ)

وَكَلَّوْا قَالَهُ : هَذَا أَخِي لَمْ يَعْتِقْ ، وَكَلَّوْا قَالَهُ : يَا ابْنِي أَوْ يَا أَخِي لَمْ يَعْتِقْ ، وَكَلَّوْا قَالَهُ : أَنْتَ مِثْلُ الْحُرِّ لَمْ يَعْتِقْ ، وَكَلَّوْا قَالَهُ : مَا أَنْتَ إِلَّا حُرٌّ عَتَقَ ، وَكَلَّوْا قَالَهُ : لَأَسْلُطَنَّ لِي عَلَيْكَ

وكذلك قوله : هذا عبي أو خالي ، ثم إن كان العبد يصلح والدا أو ولدا وهو مجهول النسب يثبت نسبه أيضا ، لأن له ولاية الدعوة والعبد محتاج إلى النسب فيثبت ويعتق بالإجماع ، وإن كان لا يصلح والدا في قوله هذا أبي بأن كان أصغر منه ، ولا ولدا في قوله هذا ابني بأن كان أكبر منه ، أو مقارنه عتق أيضا عملا بمجاز اللفظ وهو الحرية عليه من حين ملكه ولا يثبت النسب لتعذر . وقال أبو يوسف ومحمد : لا يعتق لأنه كذب ، فصار كقوله أعتقتك قبل أن أخلق . ولأبي حنيفة أنه إن تعذر العمل بحقيقته أمكن العمل بمجازه ، لأن الحرية ملازمة للنبوة في المملوك والملازمة من طريق المجاز تحرزا عن إلغاء كلام العاقل ، بخلاف ما ذكر لأنه لا وجه للمجاز فيه فتعين الإلغاء ، ثم قيل لا يشترط تصديق العبد لأن إقرار المالك على مملوكه يصبح من غير تصديقه ، وقيل يشترط التصديق فيما سوى دعوة النبوة ، لأن غير النبوة حمل النسب على غيره فيكون دعوى على العبد يلزمه بعد الحرية فيشترط تصديقه ، وإن كان العبد معروف النسب لا يثبت نسبه منه لتعذر ، ويعتق عملا بما ذكرنا من المجاز (ولو قال : هذا أخى لم يعتق) في ظاهر الرواية لأنه يراد به الأخ في الدين عرفا وشرعا ، قال تعالى - إنما المؤمنون إخوة - وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يعتق لأن ملك الأخ موجب للعتق ، والأخوة عند الإطلاق تنصرف إلى النسب (ولو قال : يا ابني أو يا أخى لم يعتق) في ظاهر الرواية . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يعتق بالنداء إلا بخمسة ألفاظ : يا ابني ، يا بنتي ، يا عتيق ، يا حر ، يا مولاي . وقال محمد في النواحر : لا يعتق إلا بالثلاثة الأخيرة ، لأن النداء وضع لإعلام المنادى للتحقيق معنى النداء في المنادى حتى يقال للبصير يا أعمى ، وللأبيض يا أسود ، إلا فيما تعارف الناس إثبات العتق به وهي الألفاظ الثلاثة . ولأبي حنيفة أنه تعذر جعله إعلاما لأن المذكور ليس باسم له وضعه فجعلناه لإثبات معنى النداء في المنادى وهو الحرية صونا لكلامه عن الإلغاء ، ولو قال لعبده : هذه بنتي ، أو أمتي : هذا ابني عتق عند أبي حنيفة عملا بالإشارة ، وقيل لا يعتق لأن الإشارة والتسمية اجتماعا في جنسين فكانت العبرة للتسمية والمسمى معلوم (ولو قال : أنت مثل الحر لم يعتق) لأن هذا اللفظ يراد به المشاركة في بعض المعاني عرفا وقد وجد فلا يعتق بالشك . وقال بعض المشايخ : يعتق إذا نوى كقوله لأمرائه : أنت مثل امرأة فلان وفلان قد آلى من أمرائه إن نوى الإيلاء بصير موليا (ولو قال : ما أنت إلا حر عتق) لأن هذا لإثبات من النفي فهو أبلى في التأكيد كلفظة الشهادة (ولو قال : لاسلطان لي عليك

لَمْ يَعْتَقْ وَإِنْ نَوَى ؛ وَعَتَقَ الْمَكْرَهَ وَالسَّكَرَانَ وَاقْعَ .
وَمَرَّ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ عَتَقَ عَلَيْهِ ، وَلَوْ كَانَ الْمَالِكُ صَبِيًّا
أَوْ مَجْنُونًا ، وَالْمَكَاتِبُ يَتَكَاتَبُ عَلَيْهِ قَرَابَةُ الْوَلَادِ لِأَغْيَرِ (سم) ؛ وَمَنْ
أَعْتَقَ عَبْدَهُ لِلصَّبْرِ أَوْ لِلشَّيْطَانِ عَتَقَ وَكَانَ عَاصِيًا ، وَمَنْ أَعْتَقَ حَامِلًا
عَتَقَ حَمْلَهَا مَعَهَا ،

لم يعتق وإن نوى (لأنَّ السلطان عبارة عن اليد ، فصار كأنه قال : لا يد لي عليك ونوى
لا يعتق ، لأنَّ نى اليد المفردة بالكتابة لا بالعنق (وعنتى المكروه والسكران واقع) لما مرَّ
في الطلاق .

فصل

(ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ولو كان المالك صبيًا أو مجنونًا) لقوله عليه
الصلاة والسلام « من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر » وفي رواية « عتق عليه » فينظم
الصغير والكبير والعاقل والمجنون والمسلم والكافر عملا بعموم كلمة « من » ولأنَّه تعلق به
حتى العباد وهم الأقرباء ، فيدخل فيه الصغير والمجنون كالتفقات وضمان التفقات ، ويدخل
فيه كل ذى رحم محرم ولاد وغيره . كالإخوة وبينهم والأعمام والعمات والأخوال
والخالات عملا بالإطلاق ، وفوالرحم المحرم كل شخصين يدلان إلى أصل واحد بلا واسطة
كالأخوين أو أحدهما بواسطة الآخر بغير واسطة كالعم وابن الأخ إلى الجد ؛ ولا يعتق
بالمالك ذو رحم غير محرم ، كبني الأعمام والأخوال وبنى العمات والخالات ، ولا محرم
غير ذى رحم كالمحرمات بالصهرية والرضاع ، لأنَّ العتق بدون الإعتاق ضرر إلا أنا
خالفناه في الرحم المحرم بالنص فبقى الباقي على الأصل . قال (والمكاتيب يتكاتب عليه قرابة
الولاد لأغير) وقالوا : يتكاتب عليه الأخ ومن في مناه وهو رواية عن أبي حنيفة ، لأنَّه
لو كان حرًّا عتق عليه ، فإذا كان مكاتبًا يتكاتب عليه كقرابة الولاد . وله أن ملك المكاتب
ناقص حتى لا يقدر على الإعتاق والوجوب عند القدرة وقرابة الولاد العتق فيهم من مقاصد
الكتابة ، فامتنع البيع تحصيلًا لمقصود الكتابة . أما حرية الأخ والعلم ليست من مقصود
الكتابة فلا يظهر فيها . قال (ومن أعتق عبده للصم أو للشيطان عتق وكان عاصيًا)
لصدور الإعتاق من أهله مضافًا إلى عمله عن ولاية ، ولأنَّ قوله : أنت حر صريح
في العتق فيقع ، ويلغو قوله للصم أو للشيطان ويكون عاصيًا ، لأنَّ ذلك من فعل الكفرة
وعبدة الأصنام . قال (ومن أعتق حاملًا عتق حملها معها) لأنَّه متصل بها فصار كبعض
أجزائها ، وليس القبض والتسليم فيه شرطًا فيصح ، بخلاف البيع والهبة حيث لا يصح

وَأَنْ أَعْتَقَ حَمَلَهَا عَتَقَ خَاصَّةً ، وَالْوَلَدُ يَتَّبِعُ الْأُمَّ فِي الْحُرِّيَّةِ وَالرَّقِّ وَالْأَنَاقَةِ ، بَعِيرٌ ،
وَوَلَدُ الْأُمِّ مِنْ مَوْلَاهَا حُرٌّ ، وَوَلَدُ الْمَغْرُورِ حُرٌّ بِالْقِيَمَةِ ، وَمَنْ أَعْتَقَ
عَبْدَهُ عَلَى مَالٍ فَقَبِلَ عَتَقَ وَكَرَّمَهُ الْمَالُ ، وَإِنْ قَالَ : إِنْ أَدَيْتَ لِي أَلْفًا
فَأَنْتَ حُرٌّ صَارَ مَأْذُونًا وَيَعْتَقُ بِالتَّخْلِيَةِ (ز) بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْأَلْفِ ، وَلَهُ أَنْ
يَبِيعَهُ قَبْلَ أَدَاكِ الْمَالِ .

لاشروط القبض أو القدرة عليه (وإن أعتق حملها عتق خاصة) لأن العتق لم يرد عليها لتعتق
أصالة ولا تمتق تبعاً لأنها أصل ، ولو أعتقه على مال عتق وبطل المال ، لأن المال لا يلزم
الحمل لأنه لا ولاية له ولا عليه ، ولا يلزم الأم لعدم التزامها ، ثم إننا يعرف قيام الحمل
وقت العتق إذا جاءت به لأهل من ستة أشهر من يوم العتق لما عرف . قال (والولد يتبع
الأم في الحرية والرق في التدبير) لأن جانب الأم راجح اعتباراً للحضانة (وولد الأمة
من مولاهَا حُرٌّ) لأنه انمخلق من مائه وقد انعلق على ملكه فيعتق عليه (وولد المغرور حُرٌّ
بالقيمة) وهو ما إذا تزوج حُرٌّ امرأة على أنها حرة فإذا هي أمة ، فأولاده منها أحرار وعليه
تيممهم لمولاهَا على ذلك لإجماع الصحابة ؛ ولو كان المغرور مكاتباً أو مديراً أو عبداً فكذلك
عند محمد ، لأن ما نقل من إجماع الصحابة لا يفصل ، وقال : أولادهم أرقاء لحصولهم بين
دقيقين فلا وجه لحريةهم ، بخلاف الأب الحر فإنه أمكن جعل الولد حراً تبعاً لأبيه ،
وإجماع الصحابة لم يرد قولاً بل حكوا بذلك في صورة كان الأب حراً فلا يقاس عليه ،
ولأن العبد لا يعير بكون ولده عبداً والحر يعير فافترقا . قال (ومن أعتق عبده على ماله
فقبل عتق ولزمه المال) مثل أن يقول : أنت حرٌّ بألف ، أو على ألف ، أو على أن لي
عليك ألفا ، أو على أن تعطيني ألفا ، أو على أن تؤدّي لي ألفا ؛ وإنما شرط قبوله لأنه
معاوضة ، ومن شرطها ثبوت الحكم بقبول العوض في الحال كالبيع ، ولهذا قلنا يعتق إذا
قبل لأنه علق العتق بالقبول لا بالأداء ، وقوله لزمه المال معناه يصير ديناً عليه حتى تصبح به
الكفالة ، واللفظ باطلاقة ينتظم جميع أنواع المال : النقود والعروض والحيوان ، وإن
كان بغير عبته لأنه معاوضة مال بغير مال كالنكاح وأخواته ، ويتعلق بقبوله في المجلس
إن حضره وإن غاب على مجلس علمه ، وإن كان التعليق يلزمه فهو كالتعليق بمجي لا يتوقف
بالمجلس وقد عرف في الطلاق . قال (وإن قال : إِنْ أَدَيْتَ لِي أَلْفًا فَأَنْتَ حُرٌّ صَارَ مَأْذُونًا
ويعتق بالتخلية بينه وبين الألف ، وله أن يبيعه قبل أداء المال) أما صيرورته مأذوناً فلأن
المولى لما طلب منه أداء المال وطريقه الاكتساب بالتجارة غالباً ، فقد أذن له في التجارة
دلالة . وأما جواز البيع قبل أداء المال لأنه علق عتقه بأداء جميع المال ، فما لم يؤدّه
لم يوجد شرطه فلا يعتق وليس بمكاتب فله يبيعه ، وأما عتقه بالتخلية فذهبنا . وقال زفر :

وَمَنْ أَعْتَقَ بَعْضَ عَبْدِهِ عَتَقَ وَسَعَىٰ فِي بَقِيَّةِ قِيَمَتِهِ لِمَوْلَاهُ (م)

لا يعتق إلا بالأداء إليه لأنه الشرط فلا يعتق قبله . ولنا أن هذا تعليق لفظا معاوضة مقصود لأن الألف يصلح عوضا عن العتق حتى لو نص على المعاوضة يصير عوضا فينقذ معاوضة بين الألف والعتق تحصيل المقصود ، فيعتبر المعاوضة ينزل المولى قابلا للبدل متى وصل إليه ثلاثا يتضرر العبد به ، وقد رضى المولى بنزول العتق عند وصول الألف إليه ، وبالتخليه قد وصلت إليه فجعلناه تعليقاً ابتداء عملاً باللفظ دفعا للضرر عن المولى ثلاثا يخرج من ملكه ولا يسرى إلى الولد قبل الأداء معاوضة عند الأداء دفعا للضرر عن العبد حتى يعتق بالأداء على ما بيننا ونظيره الهبة بعوض هبة ابتداء بيع انتهاء ، ولو أدى البعض أجبر المولى على قبوله ولا يعتق لما قلنا ، فإن أدى ألفا اكتسبها قبل التعليق عتق لوجود الشرط ويرجع عليه المولى بمثلها لأنه أداها من مال المولى ، وإن أداها من مال اكتسبه بعد التعليق عتق ولا يرجع عليه لأنه مأذون في الأداء منه على ما بيننا .

فصل

(ومن أعتق بعض عبده عتق وسعى في بقية قيمته لمولاه) وقالوا : يعتق كله لأن الإعتاق لا يتجزى عندهما ، فاضافة العتق إلى بعضه كاضافته إلى كله كما في الطلاق ، وعند أبي حنيفة يتجزى فيقتصر على ما أعتق . لما قوله عليه الصلاة والسلام « من أعتق شركا له في عبد فقد عتق كله ليس لله فيه شريك » ولأن الإعتاق إثبات العتق وهو قوة حكومية والقوة لا تتجزى ، إذ لا يكون بعضه قويا وبعضه ضعيفا ، أو نقول : هو إزالة الرق الذي هو ضعف حكيم ، وكل واحد منهما لا يتجزى فصار كالعفو عن القصاص . وله ما روى نافع عن ابن عمر أن النبي عليه الصلاة والسلام قال « من أعتق شقصا من عبد فعليه عتق كله » وفي رواية « كلف عتق ما بقى » وفي رواية « وجب عليه أن يعتق ما بقى » ولو عتق بنفس الإعتاق لما وجب عليه إعتاقه ولما كلف ذلك ، لأن إعتاق المعتق محال . وقال عليه الصلاة والسلام « من أعتق شركا له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل وأعطى شركاء حصصهم وعتق عليه المد ، وإلا فقد عتق منه ما عتق » وروى سعيد بن المسيب عن جماعة من الصحابة أنها قالوا : إذا كان العبد بين رجلين فأعتقه أحدهما فإنه يقوم عليه بأعلى القيمة ثم يقرم ثمنه ثم يعتق العبد ، وعائشة ترفعه إلى النبي عليه الصلاة والسلام ، ولأن الإعتاق إزالة ملكه ، والمتصرف إنما يتصرف فيما يدخل تحت ولايته وهو إزالة ملكه فيقدر به . والأصل أن التصرف يقتصر على موضع الإضافة والتعدى في الطلاق والقصاص لعدم التجزى ، أما الملك فلا لأنه متجزى كما في البيع والهبة ، ويسمى إعتاقا مجازا ،

وَالْمُسْتَسْقَى كَالْمُكَاتَبِ (م) ، وَلَوْ أَعْتَقَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيهَهُ عَتَقَ .
فَإِنْ كَانَ قَادِرًا عَلَى قِيَمَةِ نَصِيبِ شَرِيكِهِ فَاضِلًا عَنْ مَلْبُوسِهِ وَقَوْتِ يَوْمِهِ
وَعِيَالِهِ ، فَشَرِيكُهُ إِنْ شَاءَ أَعْتَقَ ، وَإِنْ شَاءَ دَبَّرَ ، وَإِنْ شَاءَ كَاتَبَ ، وَإِنْ
شَاءَ ضَمَّنَ الْمُعْتَقَ ، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْقَى الْعَبْدَ ؛ وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا فَكَذَلِكَ
إِلَّا أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ (م) .

لأنه يصير إلى العتق فيحمل حديثهما على ذلك توفيقا بين الأحاديث ، ونجيب السعاية في الباقي
على العبد ، لأن ماله الباقي صارت محتسبة عند العبد ، ولأن ما بقي منه على ملكه ،
ووجب إخراجه إلى الحرية بما رويناه ، ولا يلزمه إزالته بغير عوض فكان له أن يستسقيه ،
وله أن يعتقه لأنه ملكه لما رويناه كالمكاتب . قال (والمستسقى كالمكاتب) عند أبي حنيفة
حتى يؤدى السعاية لأنه تعلق عتقه بأداء المال فلا تقبل شهادته ، ولا يرث ولا يورث
ولا يتزوج ، ويفارق المكاتب في خصلة ، وهو أنه لا يرد في الرق لو عجز ، لأن الذي
أوجب السعاية وقوع الحرية في بعضه وهو موجود بعد العجز ؛ وقالوا : هو حر مديون ،
لأن العتق وقع في جميعه بناء على ما تقدم من الأصل في التجزئ فهو كسائر الأحرار عندهما ،
وهذا كما إذا أعتق بعض عبده ، أو أعتق بعض الشركاء نصيبه أو بعض الورثة أو الغرماء
أو المريض ولم يخرج من الثلث . أما العبد الرهن إذا أعتقه الراهن وهو معسر وسعى العبد
فهو حر بالإجماع ، لأن الدين على الراهن لافي رقة العبد ، ولهذا يرجع العبد على الراهن
بما سعى . قال (ولو أعتق أحد الشريكين نصيبه عتق ، فإن كان قادرا على قيمة نصيب
شريكه فاضلا عن ملبوسه وقوت يومه وعياله ، فشريكه إن شاء أعتق ، وإن شاء دبر ،
وإن شاء كاتب ، وإن شاء ضمن المعتق ، وإن شاء استسقى العبد ؛ وإن كان معسرا فكذلك
إلا أنه لا يضمن) وقالوا : ليس له إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعسار . والكلام
في هذه المسألة في مواضع : أحدها الضمان في حالة اليسار ، والدليل عليه ما روى من
الأحاديث أن النبي عليه الصلاة والسلام أوجب الضمان على المعتق الموسر فيجب عليه ،
ولأنه أثلف نصيب الساكت حيث أعجزه عن التصرف فيه بالتملك فله أن يضمه ، فإذا
ضمنه فالمعتق إن شاء أعتق لأنه ملكه بالضمان ، وإن شاء استسقى العبد لأنه انتقل إليه بما
كان لشريكه من الحقوق ، والولاء له في ذلك كله ، لأنه هو الذي أعتقه أو عتق على
ملكه ويرجع بما أدى على العبد ، لأنه لما أدى صار كالشريك الساكت ، وللساكت ذلك
بالسعاية فكذا هذا . والثاني للساكت ولاية الإعناق لما تقدم أنه على ملكه فله أن يعتق
تسوية بينه وبين شريكه ، فإذا أعتق كان ولاء نصيبه له . والثالث للساكت أن يستسقى
العبد لحديث أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أعتق شقصقا من

مملوك فعليه أن يعتقه كله إن كان له مال ، وإن لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه ، ولأن نصيبه باق على ملكه فله أن يأخذه من العبد لما بينا ، فإذا استسعى فولاء نصيبه له أيضا لأنه عتق على ملكه . والرابع له أن يدبر أو يكتاب لأنه لما ثبت أن ملكه باق فيه كان قابلا للتدبير والكتابة ، ولأن التدبير نوع إعتاق والكتابة استسعاء منجم ويكون الولاء له أيضا ، وفي حالة الإعسار إن شاء الساكت أعتق أو دبر أو كاتب أو استسعى لما بينا والولاء له في الوجه كلها لأنه عتق على ملكه ، وهذه المسألة تبتنى على تجزى الإعتاق ، فلما كان يتجزى عنده تفرعت هذه الأحكام عليه ، ولما لم يتجز عندهما عتق كله ، فإن كان موسرا يتعين الضمان لأنه أتلف عليه نصيبه وهو موسر ، وإن كان معسرا تعذر ضمانه فيستسعى العبد لأن ماله تخرس عنه ، فله أن يستسعه كفاصحب الغاصب ونحوه ، ولا يرجع العبد بما يؤدى باجماع بيننا ، لأن منفعة حصلت للعبد بغير رضى المولى فكان ضمانا بعوض حصل له ، ولأنه يسعى لفكالك رقبته لا قضاء دين على المعتق لأنه معسر لم يلحقه شيء . ولما أيضا قوله عليه الصلاة والسلام « من أعتق نصيبه من عبد مشترك إن كان غنيا ضمن وإن كان فقيرا يسعى العبد » قسم والقسمه تنافى الشركة ، ويعتبر الإعسار والبسار يوم الإعتاق ، حتى لو أعتق وهو موسر فأعسر لا يبطل التضمين ، وإن كان معسرا فأيسر لا يثبت له حق التضمين لأنه حتى ثبت بنفس المعتق فلا يتغير وإن اختلفا في ذلك يحكم الحال ، إلا أن يكون بين الخصومة والعتق مدة تختلف فيها الأحوال ، فالقول للمعتق لأنه منكر ؛ ولو اختلفا في قيمة العبد يوم العتق ، فإن كان قائما يقوم للحال ، وإن كان هالكا فالقول للمعتق أيضا ، وإن كان الإعتاق سابقا على الاختلاف فالقول له أيضا لأنه منكر للزيادة ؛ ولو اختلفا في القيمة ووقت الإعتاق يحكم بالمعتق للحال ، وعلى هذا التفصيل لو اختلف العبد والساكت في القيمة ؛ ولو مات العبد قبل أن يختار الساكت شيئا ليس له إلا التضمين ، لأن المعتق والسعاية فاتا بالموت ، فإذا ضمن رجع المعتق على كسب العبد إن كان له كسب ، ولو كان المعتق معسرا فلا ساكت أن يرجع في أكسابه لأن السعاية تجب بنفس العتق ؛ ولو مات المعتق يؤخذ الضمان من ماله إن كان العتق في الصحة ، وإن كان في المرض فلا شيء في تركته . وعن محمد يؤخذ من تركته ، وهو رواية عن أبي يوسف ، لأن ضمان التملك لا يختلف بالصحة والمرض ؛ ولو مات الساكت فللورثة أحد الاختيارات ، فإن اختار بعضهم العتق وبعضهم الضمان فلهم ذلك . وروى الحسن عن أبي حنيفة ليس لهم إلا الاجتماع على أحدهما . أعتق نصيبه وهو موسر وشريكه عبد مأخوذ إن كان مديونا فله خيار التضمين أو السعاية ، وإن لم يكن مديونا

وَإِذَا اشْتَرَى ابْنُ أَحَدٍ مِمَّا عَتَقَ نَصِيبُ الْأَبِ ، وَشَرِيكُهُ إِنْ شَاءَ اعْتَقَ (سم)
وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى عِلْمَهُ أَوْ كَمْ يَعْلَمُ ، وَلَوْ قَالَ لِعَبْدِي هَذَا : أَحَدُكُمَا حُرٌّ ثُمَّ
بَاعَ أَحَدُهُمَا أَوْ عَرَضَهُ عَلَى الْبَيْعِ أَوْ دَبَّرَهُ أَوْ مَاتَ عَتَقَ الْآخَرُ ، وَكَذَا إِذَا
اسْتَوْلَدَ لِأَحَدٍ مِنَ الْجَارِيَتَيْنِ ،

فَالْجَارِ لِلْمَوْلَى ، وَإِنْ كَانَ شَرِيكُهُ صَبِيًّا فَإِنْ كَانَ لَهُ وَلِيٌّ أَوْ وَصِيٌّ إِنْ شَاءَ ضَمِنَ وَإِنْ
شَاءَ اسْتَسْعَى ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلِيٌّ يَنْتَظِرُ بُلُوغَهُ أَوْ يَنْصَبُ لَهُ الْقَاضِي وَلِيًّا ، وَهَذَا أَصْلُ
كَبِيرٍ يَتَنَبَّأُ عَلَيْهِ كَثِيرٌ مِنْ مَسَائِلِ الْعَتَقِ وَغَيْرِهِ . قَالَ (وَإِذَا اشْتَرَى ابْنُ أَحَدِهِمَا عَتَقَ نَصِيبُ
الْأَبِ وَشَرِيكُهُ إِنْ شَاءَ اعْتَقَ وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى عِلْمَهُ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ) وَكَذَا إِذَا مَلَكَاهُ بَهْمَةٌ أَوْ صَدَقَةٌ
أَوْ وَصِيَّةٌ ، وَقَالَا : يَضْمَنُ الْأَبُ نِصْفَ قِيَمَتِهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا يَسْمَى
الْإِبْنُ فِي نِصْفِ قِيَمَتِهِ لِشَرِيكِ أَبِيهِ ، وَعَلَى هَذَا إِذَا اشْتَرَاهُ وَقَدْ حَلَفَ أَحَدُهُمَا بِعَقْدِهِ إِنْ
اشْتَرَى نِصْفَهُ ، وَإِنْ مَلَكَاهُ بِالْإِثْرِ (١) فَكَمَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ بِالْإِجْمَاعِ . لَهَا أَنْ شَرَاهُ الْقَرِيبُ
إِعْتِاقًا عَلَى أَصْلَانَا ، فَقَدْ أَفْسَدَ نَصِيبَ الشَّرِيكِ بِالْإِعْتِاقِ فَصَارَ كَمُعْدٍ بَيْنَ اثْنَيْنِ اعْتَقَ
أَحَدُهُمَا نَفْسَهُ . وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنْ شَرَاهُ الْقَرِيبُ إِعْتِاقًا كَمَا قَالَا وَقَدْ شَارَكَهُ فِيهِ فَقَدْ شَارَكَهُ
فِي عِلَّةِ الْإِعْتِاقِ فَيَكُونُ رَاضِيًا بِإِفْسَادِ نَصِيبِهِ فَلَا يَضْمَنُ ، كَمَا إِذَا أُذِنَ لَهُ بِالْقَوْلِ ، وَلَا فَرْقَ
بَيْنَ الْعِلْمِ وَعِلْمِهِ ، لِأَنَّ الْحَكْمَ يَدَارُ عَلَى السَّبَبِ وَهُوَ الشَّرَاءُ ، كَمَا إِذَا أَمَرَ جُلَا بِأَكْلِ
طَعَامٍ مَمْلُوكٍ لِلْأَمْرِ وَلَمْ يَعْلَمْ بِهِ ، وَلَوْ اشْتَرَى الْأَجْنَبِيُّ نِصْفَهُ أَوْ لَا ثُمَّ اشْتَرَى الْأَبُ النِّصْفَ
الْآخَرَ وَهُوَ مُوسِرٌ ، فَالْأَجْنَبِيُّ إِنْ شَاءَ ضَمِنَهُ لِأَنَّهُ مَارَضِيٌّ بِإِفْسَادِ نَصِيبِهِ ، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى
الْعَبْدُ فِي نَصِيبِهِ لِحُبْسِ مَالِيَتِهِ عِنْدَهُ ، وَقَالَا : يَضْمَنُ الْأَبُ نِصْفَ قِيَمَتِهِ لِأَخِيهِ لَمَّا عَرَفَ ،
وَلَوْ اشْتَرَى نِصْفَ ابْنِهِ وَهُوَ مُوسِرٌ مِمَّنْ يَمْلِكُ جَمِيعَهُ لَمْ يَضْمَنَ لِلْبَائِعِ شَيْئًا ، وَقَالَا : يَضْمَنُ
وَالْأَصْلُ مَا مَرَّ . قَالَ (وَلَوْ قَالَ لِعَبْدِي : أَحَدُكُمَا حُرٌّ ثُمَّ بَاعَ أَحَدُهُمَا أَوْ عَرَضَهُ عَلَى الْبَيْعِ
أَوْ دَبَّرَهُ أَوْ مَاتَ عَتَقَ الْآخَرُ) لِأَنَّهُ خَرَجَ بِالْمَوْتِ عَنْ مَخْلِيَةِ الْعَتَقِ ، وَبِالْبَيْعِ عَنْ مَخْلِيَةِ الْعَتَقِ
مِنْ جِهَتِهِ ، وَبِالْعَرَضِ قَصْدُ الْوَصُولِ إِلَى الثَّمَنِ وَأَنَّهُ يَنَاقِ الْحُرِّيَّةَ وَذَلِكَ بِالْبَيْعِ ، وَإِذَا خَرَجَ
عَنْ مَخْلِيَةِ الْعَتَقِ تَمَيَّنَ الْآخَرُ ، وَبِالتَّيْدِيرِ قَصْدُ بَقَاءِ الْإِنْتِفَاعِ بِهِ إِلَى حِينِ مَوْتِهِ ، وَأَنَّهُ يَنَاقِ
الْعَتَقَ الْمَنْجُزَ فَيَتَمَيَّنُ الْآخَرُ . قَالَ (وَكَذَا إِذَا اسْتَوْلَدَ لِأَحَدٍ مِنَ الْجَارِيَتَيْنِ) لِأَنَّ الْإِسْتِيلَادَ
كَالتَّيْدِيرِ فِيمَا ذَكَرْنَا وَبَلَّ أَقْوَى ، وَلَوْ قَالَ لِعَبْدِي : أَحَدُكُمَا حُرٌّ ثُمَّ قَالَ لِوَاحِدٍ بَيْعِي :
أَنْتَ حُرٌّ ، أَوْ اعْتَقْتُكَ ، فَإِنْ نَوَى الْبَيَانُ صَدَقَ دِيَانَةُ الْآخَرِ عَبْدٌ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ
عَتَقًا ، وَلَوْ قَالَ لِعَبْدِي : أَحَدُكُمَا حُرٌّ ، فَقِيلَ لَهُ أَيُّهُمَا نَوَيْتَ ؟ فَقَالَ لَمْ أَغْنِ هَذَا عَتَقَ الْآخَرُ ،

(١) وَصُورَتُهُ : أَنْ تَمُوتَ امْرَأَةٌ وَلَهَا عَبْدٌ هُوَ ابْنُ زَوْجِهَا وَيَرِثُهَا أَنْحُوها وَزَوْجُهَا ،
هَكَذَا ذَكَرَهُ الشُّعْنِيُّ ، وَجَدَ هَلَا بِهَامِشٍ نَسْخَةً خَطِيئَةً .

وَلَوْ قَالَ لِأَمْتَيْهِ : إِحْدَاكُمَا حُرَّةٌ ثُمَّ وَطِئَ إِحْدَاهُمَا لِاتَّعَتِقُ الْآخَرَى (م) وَلَوْ شَهِدَا أَنَّهُ اعْتَقَ أَحَدَ عَبْدَيْهِ أَوْ إِحْدَى أَمْتَيْهِ فَهِيَ بَاطِلَةٌ (م) .

فإن قال بعد ذلك : لم أعن هذا عتق الأول أيضا ؛ وكذلك طلاق إحدى المراتين ، بخلاف ما إذا قال لأحد هذين على ألف ، قليل له هو هذا ؟ فقال لا ، لا يجب للآخر شيء ، والفرق أن التعيين واجب عليه في الطلاق والعناق ، فإذا نفاه عن أحدهما تعين الآخر إقامة للواجب ؛ أما الإقرار لا يجب عليه البيان فيه ، لأن الإقرار للمجهول لا يلزم حتى لا يجبر عليه ، فلم يكن نفي أحدهما تعيينا للآخر ، ولو أعتق أحدهما في الصحة ثم بين في المرض يعتق من جميع المال لأنه أنشأ عتقا مستحقا عليه فيعتبر من جميع المال كالكفارة . ولو مات قبل البيان عتق من كل واحد نصفه لعدم الأولوية ، ولا يقوم الوارث مقامه في البيان (ولو قال لأمتيه : إحداكما حرة ثم وطئ إحداهما لاتعتق الأخرى) وقالوا : تعتق لأن الوطء لا يجعل إلا في الملك ، وإحداهما حرة فكان بالوطء مستبقيا للملك في الموطوء فتعتق الأخرى كما في طلاق إحدى المراتين . ولأبي حنيفة أن الإيقاع في المنكرة والوطء في المعينة وهما متغايران فلا يجعل بيانا ، ثم قيل العتق غير نازل قبل البيان لتعلق به ، ولهذا يملك المولى كسبهما وعقرهما وأرشهما ، ويحل له وطؤهما عنده ولا يفتى به ، وينزل العتق في إحداهما عند البيان ، وما دام الخيار للمولى فيهما فهما كأمنتين . وقيل إنه نازل في المنكرة وإنما يظهر في حق حكم بقبلة والوطء يقع في المعينة فلا تعين الأخرى ، بخلاف الطلاق ، لأن المقصود الأصلي من النكاح الولد ، فبالوطء قصد الولد ، فدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد ، والمقصود من الأمة قضاء الشهوة دون الولد ، فلا يدل على الاستبقاء ، ولو وطئ وطئا معلقا (١) فهو بيان ، ولو استخدم طوعا أو كرها لا يكون بيانا بالإجماع (ولو شهدا أنه أعتق أحد عبديه أو إحدى أمتيه فهي باطلة) وقالوا : تقبل ويحبر على إيقاعه على أحدهما ، وفي طلاق إحدى امرأتيه تقبل بالإجماع ، ويحبر على أن يطلق إحداهما ، وهذا بناء على أن دعوى العبد شرط لقبول الشهادة على عقه عنه خلافا لهما ، ولا يشترط دعوى الأمة والمرأة لقبول الشهادة على حرّتها وطلاقها بالإجماع . لهما أن هذه شهادة تعلق بها حق الله تعالى ، لأن حقوق الله تعالى تتعلق بالحرية من أداء الجمعة والحج والزكاة وغير ذلك ، فلا يشترط لها الدعوى كالأمة والحرّة ، وله أنها شهادة قامت على حقوق العباد فيشترط لها الدعوى كسائر حقوقهم ، وهذا لأن معظم المقصود من العتق ونفعه يقع للعبد لأنه يتأهل به للولايات والقضاء والشهادات ، ويرتفع عنه بذلك ذل الملكية . ويصير مالكا إلى غير ذلك من المنافع ، بخلاف الأمة والزوجة فإنه يتضمن تحريم الفرج

(١) قوله معلقا ، من العلوق ، وهو الحيل .

باب التدبير

وَإِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ : إِذَا مِتُّ فَأَنْتَ حُرٌّ ، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ عَنْ دُبُرِ مَيِّ ، أَوْ أَنْتَ مُدَبِّرٌ ، أَوْ قَدْ دَبَّرْتُكَ ، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ مَعَ مَوْتِي ، أَوْ عِنْدَ مَوْتِي ، أَوْ فِي مَوْتِي ، أَوْ أُوصِيْتُكَ بِنَفْسِكَ أَوْ بِرَقَبَتِكَ ، أَوْ بِثُلْثِ مَالِي ، فَقَدْ صَارَ مُدَبِّرًا ،

وأنه حقّ الله تعالى حتى لو لم يتضمن تحرير الفرج لا يقبل بأن كانت الشهادة على عتق إحدى الأمتين بغير عينا فافترقا ، فإذا كانت الدعوى شرطا لقبول الشهادة عنده وهذا الشرط لم يوجد هنا لا قبل ، لأن المشهود له مجهول والدعوى من المجهول لا تتحقق ، ولما لم تكن شرطا عندها قبلت الشهادة من غير دعوى فيجبره القاضي على التمين . وأما الشهادة على عتق إحدى الأمتين فلأن الدعوى وإن لم تكن شرطا في عتق الأمة فلأنما لم تقبل لأنها لا تقتضي تحرير الفرج فصارت كالشهادة على أحد العبدین ، وهذا إذا شهد عليه في صحته ؛ أما إذا شهد أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته أو دبره وأدّيا الشهادة في مرضه أو بعد موته قبلت استحسانا ، لأن العتق في المرض وصية ، وكذلك التدبير وصية والحصم معلوم ، لأن العتق يشيع بالموت فيهما فصار كل واحد منهما متعينا .

باب التدبير

وهو العتق الواقع عن دبر الإنسان : أي بعده ، وهو مأخوذ منه ؛ وحقيقته أن يعلق عتق مملوكه بموته على الإطلاق . والأصل في جوازه أنه عتق معلق بشرط فصار كالمعلق بدخول الدار ، ولأنه وصية للعهد برقبته فصار كغيره من الوصايا ، وهو إيجاب العتق للحال ، وتأخير ثبوته إلى ما بعد الموت ، لأن ثبوته بعد الموت يستدعي إعتاقا ، والميت ليس أهلا له ، فلا بد من أن يتخذ التدبير سببا للحرية في الحال ليستفاد منه الحرية في المآل بخلاف المدبر المقيد لأنه يتخذ سببا للحرية في آخر جزء من أجزاء حياته ، لأن عتقه معلق بموت موصوف بصفة وأنه مشكوك فيه فلا يقضى إلى الموت قطعا فتعذر اعتباره سببا . أما الموت المطلق كائن لاحتمال فكان مفضيا إلى الموت فأمكن اعتباره سببا للحال . قال (وإذا قال لعبده : إِذَا مِتُّ فَأَنْتَ حُرٌّ ، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ عَنْ دُبُرِ مَيِّ ، أَوْ أَنْتَ مُدَبِّرٌ ، أَوْ قَدْ دَبَّرْتُكَ ، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ مَعَ مَوْتِي ، أَوْ عِنْدَ مَوْتِي ، أَوْ فِي مَوْتِي ، أَوْ أُوصِيْتُكَ بِنَفْسِكَ ، أَوْ بِرَقَبَتِكَ ، أَوْ بِثُلْثِ مَالِي ، فَقَدْ صَارَ مُدَبِّرًا) أما لفظ التدبير فهو صريح فيه كلفظ العتق في الإعتاق ، وأما تعليق الحرية بالموت فلأنه معنى التدبير ؛ وأما مع موتي فلأنها للقران والشروط لا بد من تقديمها ، فكأنه قال : بعد موتي وأنه تدبير ، وعند موتي تعليق

وَتَجُوزُ كِتَابَتُهُ ، وَإِذَا وَكَلَّتِ الْمُدَبِّرَةُ مِنْ مَوْلَاهَا صَارَتْ أُمٌّ وَلَدَتْ لَهُ وَسَقَطَ عَنْهَا التَّدْبِيرُ وَلَا تَسْمَى فِي شَيْءٍ أَصْلًا ، وَلَوْ اسْتِخْدَامُهَا وَإِجَارَتُهَا وَوَطْئُهَا ،

العتق بالموت ، ولا بد من وجوده أولاً وفي موتى ، لأن حرف الظرف إذا دخل على الفعل جعله شرطاً ، وكذلك إذا ذكر مكان الموت الوفاة أو الهلاك لأن المعنى واحد . وأما الوصية بالرقبة ونحوها فلأن العبد لا يملك رقبة نفسه ، والوصية تقتضى زوال ملك الموصى وانتقاله إلى الموصى له ، وأنه في حق العبد حرية مثل قوله : بعث نفسك منك ، أو وهبها لك . وأما الوصية بالثلث ونحوه فلأنه يقتضى ملكه ثلث جميع ماله ورقبته من ماله فيملكها فيعتق ، وكذلك بسهم من ماله لأنه عبارة عن السدس ؛ ولو قال : بجزء من ماله لا يكون تدبيراً ، لأنه عبارة عن جزء مبهم والتعيين إلى الورثة فلا تكون رقبته داخلة في الوصية لاحتمال . وروى الحسن عن أبي حنيفة إذا قال : إذا مت ودفت أو غسلت أو كفنت فأنت حرّ ليس بتدبير لأنه علق العتق بالموت ومعنى آخر ، والقياس أن لا يعتق بالموت ، لأن التدبير تعليق بالموت على الإطلاق وهذا تعليق بالموت ، ومعنى آخر فصار كما إذا قال : إذا مت ودخلت الدار ، لكن استحسن أن يعتق من الثلث لأنه علق العتق بالموت وبصفة توجد عند الموت قبل استقرار ملك الورثة ، فصار كما إذا علقه بالموت بصفة ، بخلاف دخول الدار ، لأنه لا تعلق له بالموت فصار بمنزلة فبطل بالموت كسائر الأيمان ، وفي اختلاف زفر ويعقوب إذا قال : أنت حرّ إن متّ أو قتلت . قال أبو يوسف : ليس بتدبير . وقال زفر : هو مدبر لأنه علقه بالموت لاحتمال . ولأبي يوسف أنه علق العتق بأحد أمرين فصار كقوله : إن متّ أو مات زيد ، وإذا صحّ التدبير لا يجوز له إخراجه عن ملكه إلا بالعتق ، أقوله عليه الصلاة والسلام « المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حرّ من الثلث » ولأنه سبب للحرية في الحال على ما بينا ، وأنه كائن لاحتمال ، وفي الهبة والبيع إبطاله فلا يجوز ، ولأنه أوجب له حقاً في الحرية فيمنع البيع كالكتابة والاستيلاء ، وإذا ثبت هذا فنقول : كلّ تصرف يجوز أن يقع في الحرّ يجوز في المدبر كالاستخدام والإجارة والوطء ، لأن حق الحرية لا يكون أكثر من الحرية ، وكل تصرف لا يجوز في الحرّ لا يجوز في المدبر إلا الكتابة على ما نبينه كالبيع والهبة والرهن . أما البيع والهبة فلما بينا ، وأما الرهن فلأن المقصود منه الاستيفاء ، وما لا يجوز بيعه لا يمكن الاستيفاء منه . قال (وتجاوز كتابته) لأنها تعجيل الحرية المؤجلة ، وله ذلك كما لو نجح العتق (وإذا ولدت المدبرة من مولاهما صارت أُمٌّ ولد له وسقط عنها التدبير) لأنه خير لها فانه زيادة وصف وتأکید ، لأنه تثبت به الحرية بعد الموت بالإجماع (ولا تسمى في شيء أصلاً ، واه استخدامها وإيجارها ووطؤها) لأن ملكه ثابت فيها فتتعد هذه التصرفات ولما بيناه آنفاً

وَكَسْبُهَا وَأَرْشُهَا لِلْمَوْلَى ؛ وَإِذَا مَاتَ الْمَوْلَى عَتَقَ مِنْ ثُلُثِ مَالِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ فَبِحَسَابِهِ ؛ وَإِنْ كَانَ عَلَى الْمَوْلَى دَيْنٌ سَمِيَ فِي كُلِّ قِيَمَتِهِ ؛ وَلَوْ دَبَّرَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ وَضَمَّنَ نِصْفَ شَرِيكِهِ ثُمَّ مَاتَ عَتَقَ نِصْفُهُ (مم) بِالتَّدْبِيرِ وَسَمِيَ فِي نِصْفِهِ ، وَإِنْ قَالَ لَهُ : إِنْ مِتُّ مِنْ مَرَضِي هَذَا أَوْ فِي سَفَرِي هَذَا ، أَوْ إِنْ مِتُّ إِلَى عِشْرِينَ سَنَةً فَهُوَ تَعْلِيْقٌ يَجُوزُ بَيْعُهُ ، فَإِنْ مَاتَ عَلَى تِلْكَ الصَّفَةِ عَتَقَ .

باب الاستيلاء

(وكسبها وأرشها للمولى) لأنها باقية على ملكه ، وإنما تستحق الحرية عند وجود الشرط وقبله هي كالأمة ، وللمولى تزويجها بغير رضاها لأنه يملك منافع بعضها ، ويملك وطأها ؛ وذلك جائز في الحرقر أيضا ، وولد المدبرة مدبر باجماع الصحابة ، ولأنه وصف لازم فيها فيبقيها فيه كالكتابة . قال (وإذا مات المولى عتق من ثلث ماله) لما روينا من الحديث ، ولأنه علق عتقه بالموت فكان وصية ، والوصية تعتبر من الثلث (فإن لم يخرج) من الثلث (فبحسابه) معناه : بحسب ثلث ماله فيعتق منه بقدره ويسعى في باقيه (وإن كان على المولى دين سعى في كل قيمته) لما بينا أنه وصية والدين مقدم على الوصية ، والمراد دين يحيط بالركة ، والحرية لا يمكن ردّها فوجب عليه السعاية رعاية للجانبين . قال (ولو دبر أحد الشريكين وضمّن نصف شريكه ثم مات عتق نصفه بالتدبير وسعى في نصفه) لأن نصفه على ملكه عنده من غير تدبير ، وعندهما يعتق جميعه بالتدبير ، لأن تدبير بعضه تدبير الجميع وهو فرع تجزئ الإعتاق (وإن قال له : إِنْ مِتُّ مِنْ مَرَضِي هَذَا أَوْ فِي سَفَرِي هَذَا ، أَوْ إِنْ مِتُّ إِلَى عِشْرِينَ سَنَةً فَهُوَ تَعْلِيْقٌ) وهو التدبير المقيد (يجوز بيعه) لما بينا أنه ليس بسبب للحال فلا يكون البيع والتصرفات إبطالا للسبب ، ولأنه لم يستحق حق الحرية لأعماله فلا يكون البيع إبطالا لحق الحرية فيجوز بخلاف المدبر المطلق ؛ فإن مات على تلك الصفة عتق (لوجود الشرط من الثلث لما بينا . وذكر أبو الليث في النوازل ، والحاكم في المتقى لو قال لعبد : إِنْ مِتُّ إِلَى مِائَتِي سَنَةً فَأَنْتَ حُرٌّ ، فهو مدبر مقيد ، وهو قول أبي يوسف فيجوز بيعه . وقال الحسن بن زياد : هو مدبر مطلق لا يجوز بيعه ، واختار أنه متى ذكر مدة لا يعيشر ، إليها غالبا فهو مدبر مطلق لأنه كالكائن لأعماله .

باب الاستيلاء

وهو في اللغة : طلب الولد مطلقا ، فإن الاستعمال طاب الفعل . وفي الشرع : طلب الولد من الأمة ، وكل مملوكة ثبت نسب ولدها من مالك لها أو لبعضها فهي أم ولد له ،

لَا يَثْبُتُ نَسَبٌ وَلَدَ الْأُمَّةِ مِنْ مَوْلَاهَا إِلَّا بِدَعْوَاهُ ، فَإِذَا اعْتَرَفَ بِهِ صَارَتْ أُمٌّ وَلَدَهُ ، فَإِذَا وَلَدَتْ مِنْهُ بَعْدَ ذَلِكَ ثَبِتَ بِغَيْرِ دَعْوَةٍ ، وَيَتَنَقَّى بِمَجْرَدِ نَفْيِهِ بِغَيْرِ لَعَانٍ ،

لأن الاستيلاء فرع لثبوت الولد ، فإذا ثبت الأصل ثبت فرعه . قال (لا يثبت نسب ولد الأمة من مولاهما إلا بدعواه) لأنه لا فراش لها ، فإن غالب المقصود من وطء الأمة قضاء الشهوة دون الولد ، فإن أشراف الناس يحتنعون من وطء الإمامة تحمزا عن الولد لثلا بغير ولده بكونه ولد أمة ، فيشترط لثبوت دعواه لهذا المعنى ، ولهذا جاز له العزل في الأمة دون الزوجة ، لأن المراد من وطء الزوجة طلب الولد غالبا ، قال عليه الصلاة والسلام « تناكحوا تكثروا » لإثارة إلى أن المراد من شرعية النكاح التوالد والتناسل ، ثم إن كان يطؤها ولا يعزل عنها لايحل له نفقه فيها بينه وبين الله تعالى ، ويلزمه أن يعترف به لأن الظاهر أنه منه ، وإن كان يعزل عنها ولم يحصنها جاز له النفي لتعارض الظاهرين وقال أبو يوسف : إن كان يطؤها ولم يحصنها أحب إلى أن يدعيه . وقال محمد : أحب إلى أن يعترف ولدها ويستمتع بها فإذا مات أعتقها . لأبي يوسف أنه يجوز أن يكون منه فلا ينفقه بالشك . ولمحمد أنه يجوز أن يكون منه ويجوز أن لا يكون منه فلا يجوز التزامه بالشك . أما العتق فيحتمل أن يكون عبدا ويحتمل أن يكون حرا فلا يستتره بالشك ، ويستمتع بالأم لأنه مباح له وإن ثبت نسبه ، فإذا مات أعتقها حتى لا تسترق بالشك (فإذا اعترف به صارت أم ولد ، فإذا ولدت منه بعد ذلك ثبت بغير دعوة) لأنه لما ادعى الأول وثبت نسبه تبين أنه قصد الولد فصارت فراشا فيثبت بغير دعوة كالمنكوحة (ويتنقى بمجرد نفقه بغير لعان) لأن فراشا ضعيف حتى يقدر على إبطاله بالتزويج وبالعتق فينفرد بنفيه بخلاف النكاح فإن فراشه قوى لا يملك إبطاله فلا يتنقى ولده إلا باللعان ، ولو أقر أن أمته حبل منه ثم جاءت بولد لسته أشهر ثبت نسبه منه وصارت أم ولد له ، ولا أكثر من ستة أشهر لا ، وسواء كان الولد حيا أو ميتا أو سقطا قد استبان خلقه أو بعض خلقه إذا أقر به وهو بمنزلة الكل لأن السقط تتعلق به أحكام الولادة على ما مر ، وإن لم يستين شيء من خلقه وألفته مضغعة أو علة فادعاه لم تصر أم ولد له ، رواه الحسن عن أبي حنيفة لأنه يحتمل أن يكون دما أو لحما فلا يثبت الاستيلاء بالشك ، ولو حرم وطؤها عليه بعد ذلك بوطء أبيه أو ابنه ، أو بوطئه أمها أو بنتها لم يثبت نسب ما تلده بعد ذلك إلا بالدعوة لأن فراشا انقطع ، وإذا ولدت الأمة من رجل ولدا لم يثبت نسبه منه بأن زنى بها ثم ملكها وولدها عتق الولد وجاز له بيع الأم . وقال زفر : لا يجوز لأن الحرية تثبت للولد بالولادة فيثبت لأمه الاستيلاء كالنكاح بالنسب . ولنا أن الاستيلاء يقع بالنسب ولهذا يضاف إليه ،

ولا يجوز إخراجها من ملكه إلا بالعتيق ، وله وطؤها واستخدمها وإجارتها وكتابتها ، وتعتق بعد موته من جميع المال ، ولا تسمى في ديونه ، وحكمه وكذلك من غيره بعد الاستيلاء حكمها ؛ وإذا أسلمت أم ولد النصراني سعت في قيمتها وهي كالمكاتبة (ز) ،

فيقال أم ولده ، وهو الذي يثبت لها الحرية ، قال عليه الصلاة والسلام « أعتقها ولدها » ولم يثبت النسب فلا يثبت التبعية . وأما حرية الولد فلأنها تثبت بحكم الجزية ، وصار كما لو أعتقه بالعتق . قال (ولا يجوز إخراجها من ملكه إلا بالعتق) فلا يجوز بيعها ولا هبتها ولا تمليكها بوجه ما . والأصل في ذلك ما روى محمد بن الحسن باسناده « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتق أمهات الأولاد من جميع المال ، وقال : لا يعرن ولا يبعن » وعن عمر رضي الله عنه أنه كان ينادى على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم : ألا إن بيع أمهات الأولاد حرام ، ولا رق عليها بعد موت مولايها ، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة فعمل على الإجماع . وعن ابن عباس أن النبي عليه الصلاة والسلام قال حين ولدت أم إبراهيم أعتقها ولدها . وعن سعيد بن المسيب « أن النبي عليه الصلاة والسلام أمر بعتق أمهات الأولاد ، ولا يسمين في الدين ، ولا يععلن من الثلث » . وروى عبيدة السلماني قال : قال علي بن أبي طالب : اجتمع رأيي ورأي عمر في نفر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على عتق أمهات الأولاد ، ثم رأيت بعد أن يبعن في الدين ، فقال عبيدة السلماني : رأيك ورأي عمر في جماعة أحب إلينا من رأيك في الفرقة ، قال علي رضي الله عنه : إن السلماني لفيقه ، ورجع عن ذلك . قال (وله وطؤها واستخدمها وإجارتها وكتابتها) لأن الملك قائم فيها كالمديرة ، فإن كل واحد منهما عتق معلق بالموت ، والكتابة تعجيل العتق على ما بيناه في المدبر ، ولأن النبي عليه الصلاة والسلام لم يفارق مارية بعد ما ولدت . قال (وتعتق بعد موته من جميع المال ، ولا تسمى في ديونه) لما تقدم من الأحاديث (وحكم ولدها من غيره بعد الاستيلاء حكمها) لما تقدم أن الحكم المستقر في الأم يسرى إلى الولد . قال (وإذا أسلمت أم ولد النصراني سعت في قيمتها وهي كالمكاتبة) لا تعتق حتى تؤدى . وقال زفر : تعتق للحال والسعاية دين عليها ، لأن زوال رقه عنها واجب بالإسلام إما بالبيع أو بالإعتاق ، وقد تعذر البيع بالاستيلاء فتعين العتق . ولما أن ما قلناه نظر لما ، لأن ذل الرق يندفع عنها يجعلها مكانة لأنها تصير حرة يدا ، ويندفع الضرر عن الذي قسعى في الأداء لتتال الحرية ، ولو قلنا بعتقها في الحال وهي معسرة تتواني عن الاكتساب والأداء إلى الذي فيقتصر ، وهي وإن لم تكن متفوتة فهي محترمة وهو مكفى للضمان ، كما إذا عفا أحد الشركاء عن القصاص يجب المال للباقيين ، وهذا إنما يجب

وَلَوْ مَاتَ سَيِّدُهَا عَقَقَتْ بِلا سَعَايَةَ وَلَوْ تَزَوَّجَ أُمَةً غَيْرَهُ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ
ثُمَّ مَلَكَهَا صَارَتْ أُمٌّ وَلَدَتْ لَهُ ؛ وَلَوْ وَطِئَ جَارِيَةَ ابْنِهِ فَقَوَّضَتْ وَادَّعَاهُ ثَبِتَتْ
نَسَبُهُ وَصَارَتْ أُمٌّ وَلَدَتْ لَهُ وَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا دُونَ عَقْرِهَا وَقِيمَةُ وَلَدِهَا ،
وَالْجَدُّ كَالْأَبِ عِنْدَ انْقِطَاعِ وَلَايَتِهِ .
جَارِيَةُ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَلَدَتْ فَأَدَّعَاهُ أَحَدُهُمَا ثَبِتَ نَسَبُهُ

عليها إذا عرض عليه الإسلام فأبى حتى يجب زوال ملكه عنها ، أما إذا أسلم فهي أمٌ ولده
على حالها كما قلنا في النكاح (ولو مات سيدها عقت بلا سعاية) لأنها أمٌ ولد . قال (ولو
تزوج أمة غيره فجاءت بولد ثم ملكها صارت أمٌ ولد له) وكذا لو استولدها بملك يمين
ثم استحققت ثم عادت إلى ملكه فهي أمٌ ولد له ، لأن نسب الولد ثابت منه فثبت أميته
الولد لأنها تتبعه على ما مر ، ولأن الاستيلاء حرية تتعلق بثبوت النسب ، فإذا جاز أن
يثبت النسب في غير الملك جاز أن يثبت ما يتعلق به أيضا تبعاً له ، بخلاف ما إذا ولدت منه
من زنا على ما بينا . قال (ولو وطئ جارية ابنه فولدت وادَّعاه ثبت نسبه وصارت أمٌ
ولد له ، وعليه قيمتها دون عقرها وقيمتها ولدها) لأن للأب أن يملك مال ابنه للحاجة إلى
البقاء للمأكل والمشرب ، فله أن يملك جاريته للحاجة إلى صيانة ماله وبقاء نسله ، لأن
كفاية الأب على ابنه لما مر في التفقات ، إلا أن حاجته إلى صيانة ماله وبقاء نسله دون
حاجته إلى بقاء نفسه ، فلهذا قلنا يملك الجارية بقيمتها ، والعلامة بغير قيمة ، وثبت له
هذا الملك قبيل الاستيلاء ليثبت الاستيلاء ، ولأن المصحح للاستيلاء إما حقيقة الملك
أو حقه ، ولا بد من ثبوته قبل العلوق ليلاقى ملكه فيصح الاستيلاء ، وإذا صح في ملكه
لاعقر عليه ولا قيمة الولد لما أن العلوق حدث على ملكه ؛ ولو أن الابن زوجها من الأب
فولدت منه لم تصر أمٌ ولد لأن ماله صار مصوناً بالنكاح فلا حاجة إلى الملك ولا قيمة
عليه لأنه لم يملكها ، وعليه المهر لأنه التزمه بالنكاح وولدها جراً لأنه ملكه أخوه فيعتق
عليه لما بيناه ، وأصله أن هذا النكاح صحيح لأنه لا ملك للأب فيها ، لأن الابن
يملك فيها جميع التصرفات وطناً وبيعاً وإجارة وعتقاً وكتابة وغير ذلك ، والأب لا يملك
شيئاً من ذلك ، وأنه دليل انتفاء ملك الأب وعدم وجوب الحد على الأب بوطئها للشبهة ،
وإذا أنقضى ملك الأب جاز نكاحه كما إذا تزوج الابن جارية الأب . قال (والجدة كالأب
عند انقطاع ولايته) لأنه يقوم مقامه ومع ولايته لا ولاية للجد ، والولاية تنقطع بالكم
والرق والردة والحق والموت . قال (جارية بين اثنين ولدت فأدَّعاه أحدهما ثبت
نسبه) لأنه لما ثبت النسب في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي لأنه لا يتجزى ، لأن
سيبه وهو العلوق لا يتجزى ، فإن الولد الفرد لا يتعلق من ماء رجلين وصارت أمٌ ولد له

وَعَلَيْهِ نِصْفُ قِيمَتِهَا وَنِصْفُ عَقْرِهَا وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ مِنْ قِيمَةِ وَلَدِهَا ، وَإِنْ ادَّعَاهُ مِمَّا صَارَتْ أُمٌّ وَلَدَ لَهَا وَيُثْبِتُ نَسَبَهُ مِثْلَهُمَا ، وَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِثْلَهُمَا نِصْفُ عَقْرِهَا ، وَيَرِثُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِثْلَهُمَا كَابْنٍ ، وَيَرِثَانِ مِنْهُ كَأَبٍ وَاحِدٍ .

وهذا عندهما ظاهر ، لأن الاستيلاء لا يتجزئ ، وأما عنده فنصيبه يصير أم ولد ويتملك نصيب صاحبه لأنه قابل للملك فيكمل له فيصير الكل أم ولد (وعليه نصف قيمتها) لأنه تملكه (ر) عليه (نصف عقرها) لو طئه جارية مشتركة لأن الملك يتعقب الاستيلاء حكما له (ولا شيء عليه من قيمة ولدها) لأن النسب يثبت مستندا إلى وقت العلوق ولم يتعلق شيء منه على ملك شريكه . قال (وإن ادَّعياه معا صارت أم ولد لهما) لصحة دعوى كل واحد منهما في نصيبه في الولد ، والاستيلاء ينبع الولد (ويثبت نسبه منهما) لما روى أن عمر رضى الله عنه كتب إلى شريح في هذه الحادثة : لبسا فلبس عليهما ، ولو بينا لين لهما ، هو ابنيهما يرثهما ويرثانه ، وهو الباقي منهما ، وذلك بمحض من الصحابة من غير تكثير فكان إجماعا ، ومثله عن علي رضى الله عنه أيضا ، ولأنهما مستويان في سبب الاستحقاق وهو الملك فيستويان في الاستحقاق . وما روى من حديث المدلجي وأسامة بن زيد وفرح النبي عليه الصلاة والسلام . قلنا : لم يثبت ذلك عنده عليه الصلاة والسلام بقول القائف ، فإنه عليه الصلاة والسلام كان يعلم ذلك ولكن المشركون كانوا يطعنون في نسب أسامة ، فكان قول القائف قاطعا لاطعنهم ، لأنهم كانوا يعتقدونه في الجاهلية لأنه حكم شرعى ، فلذلك فرح النبي صلى الله عليه وسلم . وأما كون النسب لا يتجزأ فتعلق به أحكام متجزئة ، فما لا يتجزأ يثبت في حق كل واحد منهما ككلا ، وما يقبله يثبت في حقهما متجزئا عملا بالذلائل بقدر الإمكان (وعلى كل واحد منهما نصف عقرها) ويسقط قصاصا بنمالة على الآخر ، إذ لا فائدة في قبضه وإعطائه (ويرث من كل واحد منهما كابن) لأنه لما أقر أنه ابنه فقد أقر له بميراث ابن (ويرثان منه كأب واحد) لاستوائهما في الاستحقاق كما إذا أقاما البيعة ، فإن كانت لجارية بين أب وابن فهو للأب ترجيحا بلانبه لما له من الحق في نصيب الابن كما تقدم ، وإن كانت بين مسلم وذى فهو للمسلم ترجيحا للإسلام . وقال زفر : هما سواء في المسألتين لاستوائهما في الملك الموجب . قلنا دعوة الأب راجحة بدليل أنه لو ادعى نسب ولد لجارية الابن يصح والعكس لا . والمسلم راجع بالإسلام ولأنه أنفع للصغير .

كتاب المكاتب

وَمَنْ كَاتَبَ عَبْدَهُ عَلَى مَالٍ فَقَبِلَ صَارَ مَكْتَابًا ، وَالصَّغِيرُ الَّذِي يَعْقِلُ كَالْكَبِيرِ ، وَسَوَاءُ شَرْطُهُ حَالًا أَوْ مُؤَجَّلًا أَوْ مُنْجَمًا ، وَإِذَا صَحَّتِ الْكِتَابَةُ نَجَحَ عَنْ يَدِ الْمَوْلَى دُونَ مِلْكِهِ .

كتاب المكاتب

الكتابة مستحبة مندوبة ، قال تعالى - فكاთبهم إن علمتم فيهم خيرا - والمراد التذنب ، لأن الإيجاب غير مراد بالإجماع ، ولو حملناه على الجواز يلزم ترك العمل بالشرط لأنها جائزة بدونه بالإجماع ، وقوله - إن علمتم فيهم خيرا - خرج مخرج العادة ، أو نقول : إن لم يعلم فيه خيرا فالأفضل أن لا يكتابه ، ولما فيها من السعي في حصول الحرية ومصلحتها ، وهي مشروعة بما تلونا من الكتاب والسنة ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « من كاتب عبدا على مائة أوقية فأدّاها كلها إلا بعشرة أواق فهو عبده » قال عليه الصلاة والسلام « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » وعلى جوازها بالإجماع .

قال (ومن كاتب عبده على مال فقبل صار مكاتباً) أما الجواز فلما بينا ، وأما شرط القبول فلأنه مال يلزمه فلا بد من التزامه وذلك بالقبول ، ولا يمتنع إلا بأداء جميع البدل لما رويناه من الحديث ، فإذا أدّاه عتق ، وإن لم يقل له المولى إن أدّيته فأنته حرّ لأنه موجب العقد فيثبت من غير شرط كما في البيع (والصغير الذي يعقل كالكبير) وهي فريضة الإذن للنصي العاقل قال (وسواء شرطه حالا أو مؤجلا أو منجما) لإطلاق النصوص ، وقيد التأجيل زيادة على النص فيردّ كما في سائر المعاوزات ؛ بخلاف السلم لأن المسلم فيه معقود عليه وهو بيع المفاضلة على ما بيناه في السلم ، فلا بد من زمان يقدر على تحصيله ، أما هنا البدل معقود به فلا يشترط قدرته عليه كالتن في البيع إذا كان المشتري مفلسا أو أفلس بعد الشراء ، ويجوز أن يقترض البدل ويوفيه في الحال ؛ أما المسلم فيه لو قدر عليه بأن كان له أو اقترضه لما باعه بأوكس الثمن ولباعه فيمن يزيد بقيمة الوقت ، وإذا كتبه حالا فكما امتنع من الأداء يردّ في الرقّ لأنه عجز ، وعجز المكاتب يوجب ردّه إلى الرقّ . قال (وإذا صحّت الكتابة نَجَحَ عَنْ يَدِ الْمَوْلَى دُونَ مِلْكِهِ) حتى يصير أحقّ بمنافعه وأكسابه . لأن المطلوب من الكتابة وصول المولى إلى البدل ووصول العبد إلى الحرية بأداء بدلها ، ولا يتحقق ذلك إلا بفكّ الحجر عنه وثبوت حرية اليد حتى يتجرع ويكتسب ويؤدّي البدل ، فإذا أدّى عتق هو وأولاده بعتقه وخرج عن ملك المولى أبغضا

وَإِذَا أَتَلَفَ الْمَوْلَى مَالَهُ غَرِمَهُ . وَإِنْ وَطِئَ الْمُكَاتَبَةَ فَعَلَيْهِ عَقْرُهَا ، وَلَوْ جَنَى عَلَيْهَا أَوْ عَلَى وَلَدِهَا لَزِمَهُ الْأَرْضُ ، وَإِنْ أَعْتَقَ الْمَوْلَى الْمُكَاتَبَ نَفَذَ عَنْهُ وَسَقَطَ عَنْهُ مَالُ الْكِتَابَةِ ، وَهُوَ كَالْمَأْذُونِ فِي جَمِيعِ التَّصَرُّفَاتِ ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَمْتَنِعُ بِمَنْعِ الْمَوْلَى ، وَلَوْ أَنَّهُ يُسَافِرُ وَيَزَوِّجُ الْأَمَةَ وَيُكَاتِبُ عَبْدَهُ ، فَإِنْ أَدَّى قَبْلَهُ فَوَلَّاهُ لِلْمَوْلَى ،

عملاً بمقتضى العقد كما مر . قال (وإذا أتلَف المولى ماله غرمه) لما بينا أن أكسابه له ، فيكون المولى فيها كالأجنبي ، ولأنه لو لم يضمنه لتسلط على إتلافه فلا يقدر على أداء الكتابة فلا يحصل المقصود بالعقد (وإن وطئ المكاتب فعليه عقرها) لأنه من أجزائها وهي أخص بها تحقيقاً للمقصود وهو وصولها إلى الأداء ، ولهذا لو وطئت بشبهة أو جنى عليها كان عقرها وأرض الجنابة لها . قال (ولو جنى عليها أو على ولدها لزمه الأرض) لما بينا قال (وإن أعتق المولى المكاتب نفذ عتقه) لبقائه على ملكه رقية (وسقط عنه مال الكتابة) لحصول المقصود ببلونه وهو العتق ، وكذلك لو أبرأه عن البذل أو وهبه منه فإنه يعتق قبل أو لم يقبل لأنه أتى بمعنى العتق وهو إبرأؤه من البذل وإسقاطه عنه ، إلا أنه إذا قال لأقبل عتق وبقى البذل ديناً عليه لأن هبة الدين ترتد بالرد والعتق لا . قال (وهو كالمأذون في جميع التصرفات) ويمتنع من التبرعات إلا ما جرت به العادة كما عرف ثم ، لأن مقتضاها إطلاق تصرفه في التجارات للاكتساب كالمأذون (إلا أنه لا يمتنع بمنع المولى) لأن ذلك يؤدي إلى فسخ الكتابة ، والمولى لا يملك فسخ الكتابة لأنه من جانبه تعليق العتق فلا يملك فسخه والرجوع عنه . قال (وله أن يسافر) لأنه من باب التجارة والاكنتساب ، وإن شرط المولى أن لا يخرج من بلده فله السفر استحساناً لأنه شرط يخالف موجب العقد ، وهو حرية اليد والتفرد بالتصرف فيعطل ، إلا أنه لا يفسد العقد لأنه لم يتمكن في صلبه ، ومثله لا يفسد الكتابة (وزوج الأمة) لأنه من الاكتساب فإنه يوجب لها النفقة والمهر ، بخلاف العبد فإنه يوجبهما في رقبته قال (ويكاتب عبده) لأنه من أنواع الاكتساب فصار كالبيع بل هو أنفع لأنه لا يزول ملكه عنه إلا بعد وصول البذل إليه ، وفي البيع يزول الملك بالعقد ، والقياس أنه لا يجوز لأن ماله إلى العتق فصار كالإعتاق على مال ، وجوابه ما قلنا ، بخلاف العتق على مال ، فإنه بالعتق يخرج عن ملكه ، وقد لا يصل إلى البذل لإفلاس العبد وعجزه عن الاكتساب ، ولأنه يوجب للمعتق أكثر ما وجب له ، والشيء لا يتضمن ما هو فروته ، بخلاف الكتابة فإنه يثبت للثاني مثل ما ثبت له وفيه احتياط . قال (فان أدنى قله فلاؤه لله) (معناه : إذا أدنى المكاتب الثاني قبل الأول ، لأن للمولى فيه نوع ملك فيصح إضافة الإعتاق إليه لانه مسبب عند تعدد إتيانها إلى المباشر كالوكيل ،

وإن أدّى الأول قبله فولأوه له ، وإن ولد له من أمته ولد فتحكسه كحكمه وكسبه له ، وكذلك ولد المكاتبه معها . ولو زوج أمته من عبده ثم كاتبها فولدت دخل في كتابة الأم ، وإن ولدت من مولاها إن شاءت مضت على الكتابة ، وإن شاءت صارت أم ولد له وعجزت نفسها ، وإن كاتب أم ولد له جاز ، فإذا مات سقط عنها مال الكتابة ، وإن كانت مدبرة جاز ، فإن مات المولى ولا مال له إن شاء سعى في ثلث قيمته أو جميع بدلك الكتابة (سم) .

فإذا أدّى الأول بعد ذلك وعق لم ينتقل إليه الولاء ، لأن المولى جعل معتقا بسبب صحيح فلا ينتقل عنه (وإن أدّى الأول قبله فولأوه له) لأنه إذا أدّى الأول عتق وصار أهلا فيضاف إليه لأنه الأصل . قال (وإن ولد له من أمته ولد فتحكه كحكمه وكسبه له) لأنه لو كان حراً عتق عليه ، فإذا كان مكاتباً يتكاتب عليه تحقيقاً للصلة بقدر الإمكان ، وإذا دخل في كتابته كان كسبه له ، لأن كسب ولده كسب كسبه .. قال (وكذلك ولد المكاتبه معها) لأنه ثبت فيها صفة امتناع البيع فيسرى إلى الولد كالتدبير ونحوه . قال (ولو زوج أمته من عبده ثم كاتبها فولدت دخل في كتابة الأم) لرجحان جانب الأم كما مر في الحرية والرق . قال (وإن ولدت من مولاها إن شاءت مضت على الكتابة وإن شاءت صارت أم ولد له وعجزت نفسها) لأنه صار لها جهتها حرية : عاجل يبدل الكتابة وأجل بغير بدل وهي أمية الولد فتختار أيها شاءت ، وولدها ثابت النسب من المولى لأن ملكه ثابت في الأم وهو كاف للاستيلاء وهو حر ، لأن المولى يملك إعتاق ولدها ، فإن عجزت نفسها وصارت أم ولد فتحكها ما تقدم ، وإن مضت على الكتابة فلها أخذ العقر لما قد مناه ، فإن مات المولى بعد ذلك عتقت بالاستيلاء وسقط عنها بدل الكتابة ، وإن مات قبله وتركت مالا يودى منه بدل الكتابة ، وما بقي يرثه ابنها كما عرف ، وإن لم يترك وفاء فلا سعاية على الولد لأنه حر ، فإن ولدت ولداً آخر لم يلزم المولى إلا بدعوة لحرمة وطئها عليه ، فإن لم يدعه حتى ماتت من غير وفاء سعى الولد الثاني لأنه مكاتب نعتا لها ، فلو مات المولى بعدها عتق وبطلت عنه السعاية لأنه في حكم أم الولد . قال (وإن كاتب أم ولد له جاز) لما مر في الاستيلاء (فإذا مات سقط عنها مال الكتابة) لأنها عتقت بالاستيلاء ، والبدل وجب لتحصيل العتق وقد حصل ، ويسلم لها الأولاد والأكساب لما بينا ، وإن أدت قبل موت المولى عتقت بمقتضى عقد الكتابة (وإن كانت مدبرة جاز) لما مر في التدبير (فإن مات المولى ولا مال له إن شاء سعى في ثلث قيمته أو جميع بدل الكتابة) وقال أبو يوسف : يسعى في الأقل منهما . وقال محمد : يسعى في الأقل

وَإِذَا كَاتَبَ الْمُسْلِمُ عَبْدَهُ عَلَى تَحْرِيرٍ أَوْ خِزِيرٍ ، أَوْ عَلَى قِيَمَةِ الْعَبْدِ (س) ،
أَوْ عَلَى أَلْفٍ عَلَى أَنْ يَرُدَّ إِلَيْهِ عَبْدًا يَبْغِي عَيْنَهُ فَهُوَ فَاسِدٌ ، فَإِنْ أَدَّى
الْخَمْرَ عَتَقَ (ز) .

من ثلثي قيمته وثلثي بدل الكتابة ، فالخيزير مذهب أبي حنيفة وحده ، ومحمد وحده
خالف في المقدار ، فخلافتهم في التخير بناء على اختلافهم في تجزئ الإعتاق ؛ فعند
أبي حنيفة لما تجزئ عتق ثلثه بالموت وبقي ثلثاه فقد توجه له وجهان عتق : معجل وهو
السعاية بالتدبير ، ومؤجل ببديل الكتابة فيختار أيهما شاء ؛ وعندهما عتق كله لما عتق
بعضه ، وقد وجب عليه أحد المصلين فيؤدّي أقلهما لأنه يختار الأقلّ لأعماله ؛ ولمحمد
في المقدار أن البذل مقابل بالكل ، وقد سلم له الثلث بالتدبير فيسقط بقدره ، لأنه
ما أوجب البذل في مقابلة الثلثين ، ألا ترى أنه لو خرج من الثلث سقط عنه جميع البذل ،
فإذا خرج ثلثه سقط الثلث وصار كما إذا دبر مكاتبه ومات فإنه يسعى في الأقلّ من ثلثي
القيمة وثلثي البذل كذا هذا . ولهما أنه قابل جميع البذل بثلثي رقبته فلا يسقط منه شيء ،
وهذا لأنه بالتدبير استحقّ حرّية الثلث ظاهرا ، والعاقل لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحقه
من حرّيته وصار كما إذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثا على ألف كانت الألف مقابلة
بإلحاد الباقية لدلالة الإرادة كذا هذا ، بخلاف ما إذا دبر مكاتبه لأن البذل مقابل
بالجميع إذ لا استحقاق له في شيء بالكتابة فافترقا .

فصل

(ر) وإذا كاتب المسلم عبده على خر ، أو خيزير ، أو على قيمة العبد ، أو على ألف على
أن يردّ إليه عبدا بغير عينه فهو فاسد (لأن الخمر والخيزير ليسا بمال في حقّ المسلم فلم
يصحبا بدلا ، والقيمة مجهولة القدر والجنس والصفة ، فصار كالكتابة على ثوب أو دابة
فإنه لا يجوز لتفاحش الجهالة كذا هذا . وأما الثالثة فذهب أبي حنيفة ومحمد . وقال
أبو يوسف : هي جائزة ويقسم الألف على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فيبطل منها
حصة العبد ويصير مكاتبا بالباقي ، لأنه لو كاتبه على عبد صح وانصرف إلى عبد وسط
فكذا يصح استثناءه منه . ولهما أن المستثنى مجهول فيوجب جهالة المستثنى منه ، ولأن العبد
لا يصحّ مستثنى من الألف ، وإنما المستثنى قيمته ، والقيمة لا تصلح بدلا فلا تصلح
مستثنى : قال (فإن أدّى الخمر عتق) باعتبار التعليق ، وإن لم ينصّ على التعليق ، لأن
الفاقد معتبر بالجائز كالبيع . وقال زفر : لا يعتق إلا بأداء قيمة الخمر ، لأن القيمة
هي البذل . وقاله أبو يوسف : يعتق بأداء كل واحد منهما ، أما الخمر فلا لأنه بدل صورة ،

وَإِذَا عَتَقَ بِأَدَاءِ الْخَمْرِ فَعَلَيْهِ قِيمَةُ نَفْسِهِ لَا يَنْقُصُ عَنْ الْمُسَمَّى وَيُزَادُ عَلَيْهِ . وَفِي إِذَا كَاتَبَهُ عَلَى قِيمَتِهِ يَعْتَقُ بِأَدَاءِ الْقِيَمَةِ . وَالْكَاتِبَةُ عَلَى الدَّمِّ وَالْمَيْتَةِ بَاطِلَةٌ . وَعَلَى الْحَيَوَانِ وَالْثَوْبِ كَالنِّكَاحِ وَلَوْ كَاتَبَ الذَّمَّى عَبْدَهُ عَلَى خَمْرِ جَازٍ ، وَأَيُّهُمَا أَسْلَمَ فَلِكُلِّمَوْلَى قِيمَةُ الْخَمْرِ .

وأما البذل (١) فبذل معنى . وعن أبي حنيفة إنما يعتق بأداء عين الخمر إذا قال : إن أدتيها فأنت حرّ للتخصيص على التعليق ، وفي ظاهر الرواية لم يفصل على مأمّر . قال (وإذا عتق بأداء الخمر فعليه قيمة نفسه) كما قلنا في البيع الفاسد إذا هلك المبيع (لا ينقص عن المسمى ويزاد عليه) لأنه عقد فاسد فتجب القيمة عند الهلاك بالغة ما بلغت كالمبيع فاسدا ، ولأن المولى ما رضى بالعبد ورضى بالزيادة خوفا من بطلان العتق فتجب الزيادة . قال (وفيما إذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء القيمة) لأنه هو البذل فيعتق بالخمر ، وأثر الجهالة في الفساد ، بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق بأداء ثوب لفحش الجهالة فإنه لا يدرى أى ثوب أراد المولى ، ولا يثبت العتق بدون إرادته . قال (والكتابة على الدم والميتة باطلة) لأنهما ليسا بمال أصلا ولا موجب لها ، ولو علق العتق بأدائهما عتق بالأداء لوجود الشرط ولا شيء عليه لعدم المسالية . قال (و) الكتابة (على الحيوان والثوب كالنكاح) إن عين النوع صحّ ، وإن أطلق لا يصحّ وتماه عرف في النكاح ، ولو علق عتقه بأداء ثوب أو دابة أو حيوان فأدّى لا يعتق (٢) الجهالة الفاحشة على ما بيناه ، وإن كاتبه على حيوان موصوف فأدّى القيمة أجبر على قبولها كما قلنا في المهر . قال (ولو كاتب الذمّي عبده على خمر جاز) إذا ذكر قدرنا معلوما ، وكذلك إذا كاتبه على خنزير لأنه مال في حقهم (وأيهما أسلم فللمولى قيمة الخمر) لأنه إن كان العبد هو المسلم فهو ممنوع من تملكها ، وإن كان المولى فهو ممنوع من تملكها فوجب القيمة ، وأيهما أدّى عتق ، لأن القيمة تصلح بدلا كالكتابة على حيوان موصوف فيعتق بأيهما كان .

(١) قوله البذل ، لعله القيمة اهـ .

(٢) الذى فى الزيلعى هكذا : حتى لو أدّى قيمته أيضا لا يعتق إلا إذا علقه قصدا ، بأن قال : إن أدّيت إلى ثوبا فأنت حرّ ، فحينئذ يعتق بأداء ثوب لأنه تعليق صريح فصار من باب الأيمان ، وهى تعتقد مع الجهالة كما ذكره الزيلعى انتهى ، والفرق أن الضمى فى ضمن عقد فتصرّ معه الجهالة ، بخلاف القصدى فإنه يمين فلا تصرّ الجهالة فيه .

وَلَوْ كَاتَبَ عَبْدِيهِ كِتَابَةً وَاحِدَةً إِنْ أَدَّى عَتَقًا ، وَإِنْ عَجَزَ رَدَّ إِلَى الرَّقِّ ، وَلَا يَتَعَنَّانِ إِلَّا بِأَدَاءِ الْجَمِيعِ ، وَلَا يَتَعَنَّ أَحَدُهُمَا بِأَدَاءِ نَصِيْبِهِ ، فَإِنْ عَجَزَ أَحَدُهُمَا قُرْدَ إِلَى الرَّقِّ ثُمَّ أَدَّى الْآخَرَ جَمِيعَ الْكِتَابَةِ عَتَقًا ، وَلَوْ كَانَا لِرَجُلَيْنِ فَكَاتَبَاهُمَا كَذَلِكَ فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُكَاتَبٌ بِحَصَّتِهِ يَتَعَنَّ بِأَدَائِهَا ، وَإِنْ كَاتَبَهُمَا عَلَى أَنْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ضَامِنٌ عَنِ الْآخَرِ جَازٌ ، فَأَيُّهُمَا أَدَّى عَتَقًا ، وَيَرْجِعُ عَلَى شَرِيكِهِ يَنْصِفُ مَا أَدَّى .

فصل

(ولو كاتَب عبديه كتابه واحده إن أدى عتقا ، وإن عجز ردا إلى الرق ولا يعتقان إلا بأداء الجميع) لأن الكتابة واحدة وشرطه فيها معتبر (ولا يعتق أحدهما بأداء نصيبه) لما قلنا (فإن عجز أحدهما فرد إلى الرق) إما بتصلحهما أو رده القاضي ولم يعلم الآخر بذلك (ثم أدى الآخر جميع الكتابة عتقا) لأنهما كشخص واحد ؛ ألا ترى أنهما لا يعتقان إلا بأداء الجميع ، فكذا لا يردان إلا بعجزهما ، ولأن الغائب يتضرر بهذا القضاء لأنه لو نفذ تسقط حصته من البذل ولا يعتق بأداء حصته ، والحاضر ليس بخمس عنه فبأضره . وكذا لو سعى بعد ذلك وأدّى نجما أو نجمين ثم عجز ورد في الرق فهو باطل ، لأن رده الأول لما لم يصح صار كالعدم فلا يتحقق العجز لاحتمال قدرة الأول . قال (ولو كانا لرجلين فكاتبا كذا فكل واحد منهما مكاتب بحصته يعتق بأدائها) لأن كل واحد منهما إنما استوجب البذل على مملوكه ، ويعتبر شرطه في مملوكه لافي مملوك غيره ، بخلاف المسألة الأولى لأن شرطه معتبر في حقهما لأنهما مملوكاه . قال (وإن كاتبا على أن كل واحد منهما ضامن عن الآخر جاز) استحسانا ، ويجعل كل واحد منهما أصيلا في وجوب الألف عليه ويكون عتقهما معلقا بأدائه ويجعل كفيلا بالألف في حق صاحبه تصحيحا لتصرفهم لحاجتهم إلى الخروج عن الرق ، وإذا كان كذلك (فأيهما أدى عتقا) لوجود الشرط (ويرجع على شريكه بنصف ما أدى) لأنه قضى دينه عليه بأمره فيرجع عليه تحقيقا للمساواة بينهما ، ولو لم يرجع بشيء أو رجع بالجميع لتحصل المساواة بينهما ، ولو أعتق المولى أحدهما قبل الأداء عتق لما بينا وسقطت حصته لما تقدم وبقى على الآخر النصف لأن البذل مقابل برقيتهما على الحقيقة ، وإنما جعلناه على كل واحد منهما احتيالا لصحة الكفالة ويعتق أحدهما استغنيا عن ذلك ، وإذا كان مقابلا بالرقبتين تنصف للمولى أن يأخذ بالنصف الباقي أيهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالأصالة ، ولو كاتَب نصف عبده جاز وصار نصفه مكاتباً ، وعندهما يصير كله مكاتباً بناء على تجزئ الإعتاق وعدمه

وَإِذَا مَاتَ الْمُكَاتِبُ وَتَرَكَ وَفَاءً أَدَيْتَ مُكَاتِبَتَهُ وَحُكْمَ بَحْرِيَّتِهِ فِي آخِرِ
جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاتِهِ وَيَعْتِقُ أَوْلَادَهُ ، فَإِنْ فَضَّلَ شَيْءٌ فَلْيُورَثْهُ ، فَإِنْ لَمْ
يُتْرَكْ وَفَاءً وَتَرَكَ وَلَدًا أَوْ لَدَى الْكِتَابَةِ سَعَى كَالْأَبِ ، وَإِنْ تَرَكَ وَلَدًا مُشْتَرَى
فَإِنْ أَدَّى الْكِتَابَةَ حَالًا وَإِلَّا رُدَّ فِي الرِّقِّ (مَم) ، وَإِذَا مَاتَ الْمُتَوَلَّى أَدَّى الْكِتَابَةَ إِلَى
وَرَثَتِهِ عَلَى نَجْوَمِهِ ، وَإِنْ أَحْتَقَهُ أَحَدُهُمْ لَمْ يَعْتِقْ ،

فيصير نصفه مكاتباً ونصفه مآذوناً في التجارة ، لأن الإذن لا يتجزى ، ونصف أكرابه
له ونصفها للمولى ، فإذا أَدَّى عتق نصفه وسعى في نصف قيمته ، ولا حق للمولى
في أكرابه بعد العتق لأنه مستعفى وهو كالمكاتب عنده ، ولا حق للمولى في أكراب
المكاتب .

فصل

(وَإِذَا مَاتَ الْمُكَاتِبُ وَتَرَكَ وَفَاءً أَدَيْتَ مُكَاتِبَتَهُ وَحُكْمَ بَحْرِيَّتِهِ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ
حَيَاتِهِ وَيَعْتِقُ أَوْلَادَهُ ، فَإِنْ فَضَّلَ شَيْءٌ فَلْيُورَثْهُ) روى ذلك عن عليّ وابن مسعود ، ولأنه
عقد معاوضة لا يفسخ بموت أحدهما وهو المولى فلا يفسخ بموت الآخر تسوية بينهما كما
في البيع ، ولأن البذل كان في ذمته ولم تبق صالحة لذلك بالموت ، ولهذا حل به الأجل
فينتقل إلى التركة كسائر الديون فخلت النعمة ، وخلو النعمة يوجب العتق ، إلا أنه لا يحكم
بالعتق حتى يصل المال إلى المولى مراعاة لحقه ، وليتحقق خلوه ذمته لأحبال هلاك تركه
قبل الأداء ، فإذا وصل حكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته فيموت حر ويعتق
أولاده تبعاً له على ما قدّمناه ، فإن فضل شيء فلورثته لأنه حرّ وهم أحرار (فإن لم يترك
وفاءً وترك ولداً ولد في الكتابة سعى كالأب) معناه على نجومه ، فإذا أَدَّى حكم بعتق ابنه
قبل موته وعتق الولد لأنه داخل في كتابة أبيه ، لأنه وقت العقد كان من أجزاء الأب متصلاً
به فوراً العقد عليه فدخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الأداء وصار كما إذا ترك وفاءً .
قال (وإن ترك ولداً مشترى فإن أَدَّى الكتابة حالاً وإلّا ردّ في الرِّقِّ) وقالوا : هو كالمولود
في الكتابة لأنه يتكاتب عليه تبعاً له فاستويا . ولأبي حنيفة أن المشتري لم يدخل تحت العقد
لأن العقد لم يصف إليه لاتفصاله عن الأب وقت العقد فلا يسرى إليه حكمه ، بخلاف
المولود في الكتابة ، لأنه متصل به حالة العقد فسرى العقد إليه ودخل في حكمه فسعى
في نجومه ، إلا أن المشتري إذا أَدَّى في الحال يصير كأن المكاتب مات عن وفاء فيحكم
بعتقه آخر عمره فيعتق ولده تبعاً له على ما بينا . قال (وإذا مات المولى أَدَّى الكتابة إلى
ورثته على نجومه) لأنهم يخلفونه في الاستيفاء (وإن أعتقه أحدهم لم يعتق) لعدم الملك

وَكَانَ اعْتَمُقُهُ جَمِيعًا عَتَقَ ، وَإِذَا عَجَزَ الْمَكَاتِبُ عَنْ نَجْمٍ نَظَرَ الْحَاكِمُ ،
فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ يَرْجُو وَصُولَهُ أَنْظَرَهُ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةً وَلَا يَزَادُ عَلَيْهَا ،
وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ جِهَةٌ عَجَزَهُ (م) وَعَادَ إِلَى أَحْكَامِ الرِّقِّ .

كتاب الولاء

وَهُوَ نَوْعَانِ : وَلَاءُ عِتَاقَةٍ ، وَلَاءُ مُوَالَاةٍ ، وَسَبَبُ وَلَاءِ الْعِتَاقَةِ الْإِعْتَاقُ ،
وَعِتَقُ الْقَرِيبِ بِالْشِّرَاءِ ، وَالْمَكَاتِبِ بِالْأَدَاءِ ، وَالْمُدَبَّرُ ،

فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُ بِسَائِرِ أَسْبَابِ الْمَلِكِ فَكُنَّا بِالْإِثْرِ (وَإِنْ أَعْتَقَهُ جَمِيعًا عَتَقَ) لِأَنَّهُ يَصِيرُ إِبْرَاءً
عَنْ بَدَلِ الْكِتَابَةِ ، لِأَنَّ الْإِثْرَ يَمْرُؤُ فِي الْبَدَلِ ، وَالْإِبْرَاءُ عَنْهُ مُوجِبٌ لِلْعَتَقِ كَمَا لَوْ أَبْرَأَ الْمَوْلَى
إِلَّا أَنْ إِعْتَاقَ الْبَعْضِ لَا يُوْجِبُ إِسْقَاطَ نَصِيبِ مَنْ الْبَدَلِ ، لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ جَعْلُهُ إِبْرَاءً مُقْتَضًى
لِلْعَتَقِ وَلَا عَتَقٌ ، فَإِنَّهُ لَوْ أَعْتَقَهُ الْبَعْضُ لَا يَمْتَنِعُ ، وَلَا يُمْكِنُ أَنْ يَجْعَلَهُ إِبْرَاءً عَنْ الْكُلِّ لِتَعَلُّقِ
حَقِّ الْغَيْرِ بِهِ . قَالَ (وَإِذَا عَجَزَ الْمَكَاتِبُ عَنْ نَجْمٍ نَظَرَ الْحَاكِمُ ، فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ يَرْجُو
وَصُولَهُ أَنْظَرَهُ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةً وَلَا يَزَادُ عَلَيْهَا) لِأَنَّ فِي ذَلِكَ نَظَرًا لِلْجَانِبَيْنِ ، وَالثَّلَاثُ مَدَّةٌ
تَضْرِبُ لِإِبْلَاءِ الْأَعْدَالِ كَمَا فِي إِمْهَالِ الْمُدْيُونِ لِلْقَضَاءِ وَنَحْوِهِ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ جِهَةٌ عَجَزَهُ وَعَادَ
إِلَى أَحْكَامِ الرِّقِّ) وَقَالَ أَبُو يَوْسُفَ : لَا يَجْعَزُهُ حَتَّى يَتَوَالَى عَلَيْهِ نَجْمَانِ وَهُوَ مَأْثُورٌ عَنْ
عَلَى رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَلَهُمَا أَنَّ الْعَجْزَ سَبَبٌ لِلْفَسْخِ وَقَدْ تَحَقَّقَ ، فَإِنْ مِنْ عَجْزٍ عَنْ نَجْمٍ كَانَ
عَنْ نَجْمَيْنِ أَعْجَزَ ، وَلِأَنَّهُ فَاتَ مَقْصُودَ الْمَوْلَى وَهُوَ وَصُولُ الْمَالِ إِلَيْهِ عِنْدَ حُلُولِ النَجْمِ فَلَمْ
يَكُنْ رَاضِيًا بِفَسْخِ ، وَالْيَوْمَانِ وَالثَّلَاثَةِ لِأَنَّ مِنْهُمَا لِإِمْكَانِ الْأَدَاءِ وَلَيْسَ بِتَأْخِيرٍ ، وَالْأَثَرُ
مَعَارِضٌ بِمَا رَوَى أَنَّ ابْنَ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا عَجَزَ مَكَاتِبَةٍ لَهُ حِينَ عَجَزَتْ عَنْ نَجْمٍ وَاحِدٍ
وَرَدَّهَا إِلَى الرِّقِّ فَتَعَارُضًا ، فَإِنْ عَجَزَ عَنْ نَجْمٍ عِنْدَ غَيْرِ الْقَاضِي فَرَدَّهُ مَوْلَاهُ بِرِضَاهُ جَازٍ ،
لِأَنَّ الْفَسْخَ بِالرَّضَا يَجُوزُ مِنْ غَيْرِ عِلَّةٍ فَيَعْلَزُ أَوَّلَى ، وَإِنْ أَتَى الْعَبْدَ ذَلِكَ فَلَا بَدَّ مِنَ الْقَضَاءِ
بِالْفَسْخِ لِأَنَّهُ عَقْدٌ لَازِمٌ فَلَا بَدَّ فِي فُسْخِهِ مِنَ الْقَاضِي أَوْ الرِّضَا كَسَائِرِ الْعُقُودِ ، وَإِذَا فُسِخَ
عَادَ إِلَى أَحْكَامِ الرِّقِّ ، لِأَنَّ بِالْفَسْخِ تَصِيرُ الْكِتَابَةُ كَأَنَّ لَمْ تَكُنْ ، وَمَا فِي يَدِهِ مِنْ أَكْسَابِهِ
لِمَوْلَاهُ لِأَنَّهُمَا كَسَبَ عَلَيْهِ ، وَاقَّهْ أَهْلُ .

كتاب الولاء

(وَهُوَ نَوْعَانِ : وَلَاءُ عِتَاقَةٍ) وَيُسَمَّى وَلَاءُ نِعْمَةٍ (وَلَوْلَاءُ مُوَالَاةٍ : وَسَبَبُ وَلَاءِ الْعِتَاقَةِ
الْإِعْتَاقُ) لِإِضَافَتِهِ إِلَيْهِ ، وَالْحَكْمُ يُضَافُ إِلَى سَبَبِهِ ، وَسَوَاءٌ كَانَ يُبَدَّلُ أَوْ يُغَيَّرُ بَدَلُ
أَوْ الْكَفَّارَةُ أَوْ الْيَمِينَ أَوْ بِالْتَّلْرِ (وَعَتَقُ الْقَرِيبَ بِالشِّرَاءِ ، وَالْمَكَاتِبَ بِالْأَدَاءِ ، وَالْمُدَبَّرُ ،

وَأَمَّ الْوَلَدَ بِالْمَوْتِ إِعْتِاقٌ ، وَيَثْبُتُ لِلْمُعْتَقِ ذِكْرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى ، وَإِنْ شَرَطَهُ لِغَيْرِهِ أَوْ سَائِيَةٍ وَلَا يَنْتَقِلُ عَنْهُ أَبَدًا ، فَإِذَا مَاتَ فَهُوَ لِأَقْرَبِ عَصَبَتِهِ فَيَكُونُ لِابْنِهِ دُونَ أَبِيهِ إِذَا اجْتَمَعَا ، وَإِنْ اسْتَوَوْا فِي الْقُرْبِ فَهُمْ سَوَاءٌ ، وَلَيْسَ لِلنِّسَاءِ مِنَ الْوَلَاءِ إِلَّا وَلَاءٌ مَنْ أَعْتَقَنَ أَوْ أَعْتَقَ مَنْ أَعْتَقَنَ أَوْ جَرٌّ وَلَاءٌ مُعْتَقِهِنَّ بِأَنْ زَوَّجَتْ عَسَدًا مُعْتَقَةً الْغَيْرِ فَوَلَدَتْ فَوَلَاؤُهُ لِمَوْلَى الزَّوْجَةِ .

وَأَمَّ الْوَلَدَ بِالْمَوْتِ إِعْتِاقٌ (لأن جميع ذلك يضاف إليه فيكون من جهته فيدخل تحت قوله عليه الصلاة والسلام « الولاء لمن أعتق » والمقصود من الولاء بنوعيه التناصر ، وكانت الجاهلية يتناصرون بأشياء : منها الحلف وغيره ، فقرر صلى الله عليه وسلم تناصرهم بنوعى الولاء فقال « مولى القوم منهم » وقال « حليف القوم منهم » والمراد بالحليف مولى الموالاة فانهم كانوا إذا عقدوا عقد الولاء أكدوها بالحلف . قال (ويثبت للمعتق ذكرا كان أو أنثى ، وإن شرطه لغيره أو سائبة) (١) لاطلاق ما روينا (ولا ينتقل عنه أبدا) لأنه عتق على ملكه وتأكد السبب من جهته فلا ينتقل عنه (فإذا مات فهو لأقرب عصبته فيكون لابنه دون أبيه إذا اجتمعا) وفيه اختلاف ذكرته ودلالته في الفرائض من هذا الكتاب بعون الله تعالى . قال (وإن استووا في القرب فهم سواء) لاستوائهم في العلة وهي القرابة والعصبية . قال (وليس للنساء من الولاء إلا ولء من أعتقن أو أعتق من أعتقن أو جرٍّ ولء معتقهن) لأنهن لسن بعصبة ، أو لأن السبب النصرة ولسن من أهلها ، ولقوله عليه الصلاة والسلام « ليس للنساء من الولاء إلا من أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتبن من كاتبن أو جرٍّ ولء معتقهن » أو معتق معتقهن » وهذا دليل على ثبوت الولاء لمن إذا أعتقن أو كن سببا في الإعتاق ، وينبى ثبوت الولاء لمن بعد ذلك ، ويؤيد هذا حديث ابنة حزة وقد ذكر في الفرائض أيضا (٢) ، ولأنها ساوت الرجل في السبب وهو الإعتاق ، فإذا استحق ميراث معتقها فكذا معتق معتقها لأنها تسببت إلى عتقه . ولأن معتقه ينسب إليها بالولاء ، وصورة جرٍّ ولء معتقهن » (بأن زوّجت عبدا معتقا لغير فولدت فولأه لمولى الزوجة) لأن الأب عبد لا ولء له ، فإذا أعتق جرٍّ ولء ابنه إلى مواله . وصورة معتق معتقهن إذا أعتقت عبدا فاشترى عبدا وزوّجه معتقا لغير فولدت منه فولء أولأها لموالها لما بينا ، فإذا أعتق معتق المرأة العبد جرٍّ ولء أولأه إليه ،

(١) قوله أو سائبة ، معناه : إذا أعتق المولى عبده وشرط أن لا يرثه يكون الشرط لغوا لكونه مخالفا لحكم الشرع فيكون له الولاء ويرثه اه مصححه .

(٢) قوله وقد ذكر في الفرائض أيضا ، ونصه : مات معتق لابنة حزة رضى الله عنهما عن بنت ، فنجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم المال بينهما نصفين اه مصححه

وَسَبَبُ وِلَاءِ الْمُوَالَاةِ الْعَقْدُ . وَصُورَتُهُ : إِذَا أَسْلَمَ عَلَى يَدِ رَجُلٍ وَوَالَاهُ عَلَى أَنْ يَرْتَهُ وَيَعْقِلَ عَنْهُ فَقَالَ : أَنْتَ مَوْلَايَ تَرْتُهُ إِذَا مِتُّ ، وَتَعْقِلُ عَنِّي إِذَا جَنَيْتُ فَيَقْبَلُ الْآخَرُ فَذَلِكَ صَحِيحٌ ، فَإِذَا مَاتَ وَلَا وَارِثَ لَهُ وَرَثَةٌ ،

ويكون ذلك الولاء لمعقده ، فذلك جرّ ولاء معتق معتقها ، ولو أعتقت الأمّ وهى حامل فولدت لا ينتقل الولاء عن موالها أبداً لأن العتق ورد على الولد لأنه كان موجوداً متصلاً بها وقت العتق فلا ينتقل ولاؤه كما إذا أعطته قصداً ، ويعرف ذلك إذا ولدته لأقلّ من ستة أشهر من يوم العتق على ما عرف ، وكذا إذا ولدت ولدين أحدهما لأقلّ من ستة أشهر لأيهما خلقا من ماء واحد ، والأصل في جرّ الولاء قوله عليه الصلاة والسلام « الولاء لحمة كلحمة النسب » والنسب إلى الآباء فكذا الولاء ، فإذا امتنع إثباته إلى الأب المانع ، فإذا زال المانع عاد الولاء إلى الأب عملاً بالأصل كولد الملائنة ينسب إلى أمه ، فإذا أكذب الأب نفسه ثبت نسبه منه . وروى أن الزبير بن العوام رأى بخير فتية لعا (١) أعجبه ظرفهم وأمرهم مولاة لرافع بن خديج وأبوهم عبد لبعض جهينة أو لبعض أشجع فاشترى أباهم فأعتقه وقال لهم انتسبوا إلىّ ، فقال رافع : بل هم موالىّ ، فاختصموا إلى عثمان قضى بالولاء للزبير من غير مخالفة من غيره . ولو أعتق الجلد لايجرّ الولاء ، ولا يكون الصغير مسلماً بإسلام جدّه ، فإن المسلمين لم يجعلوا الصغار مسلمين بإسلام آدم ونوح عليهما الصلاة والسلام وهما جدّان . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يكون مسلماً تبعاً للجدّ ، ويجرّ الجلدّ ولاءه لأن الجلدّ بمنزلة الأب عند علمه . قال (وسبب ولاء الموالات العقد) والمطلوب منه التناصر ، وله ثلاثة شرائط : أن لا يكون له معتق لأن ولاء العتاقة أقوى فيمنع ثبوت الأضعف . الثانى أن لا يكون عربياً لأن العرب لا يسترقون فلا يكون عليهم ولاء العتاقة فولاء الموالات أولى . والثالث أن لا ينتسب إلى أحد ولا يكون له نسب معروف ، وهو عقد مشروع لقوله عليه الصلاة والسلام لما سئل عن أسلم على يدى رجل فقال « هو أحنّ الناس به بحياه ومماته وإن والاه » أى بميراثه لا بشخصه . وروى أن رجلاً أسلم على يد نعيم الدارى ووالاه ، فقال له عليه الصلاة والسلام « هو أخوك ومولاك تعقل عنه وترثه » (وصورته : إذا أسلم على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه فقال : أنت مولى ترفئى إذا مات ، وتعقل عني إذا جنيت فيقبل الآخر فذلك صحيح) وكذا إذا أسلم على يد رجل ووالاه غيره صحّ (فإذا مات ولا وارث له ورثته) لما روينا ونمامه يعرف في الفرائض ، ويدخل في عقد الولاء الأولاد الصغار للتبعية والولاية ، وكذا كلّ من يولد له بعد ذلك ، ولأنهم

(١) قوله لعا ، قال في غنّار الصحاح : اللعس بفتح الجيم : لون الشفة إذا كانت تضرب إلى السواد قليلاً ، وذلك يستملح ، وبابه طرب ، يقال شفة لعاء وفتية ونسوة لعس اهـ .

وَلَهُ أَنْ يَفْسَخَ عَقْدَ الْوَلَاءِ بِالْقَوْلِ وَالْفِعْلِ ، فَإِنْ عَقَلَ عَنْهُ أَوْ عَنْ وَكَلِهِ
لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ، وَإِذَا أَسْلَمَتِ الْمَرْأَةُ وَوَالَتْ أَوْ أَقْرَتِ بِالْوَلَاءِ وَفِي يَدِهَا ابْنٌ
صَغِيرٌ تَبِعَهَا (سَم) فِي الْوَلَاءِ .

كتاب الأيمان

يتبعونه في النسب فكذا في الولاء ، فإن أسلم له ابن كبير على يد آخر ووالاه صح لانقطاع
ولايته عنه ، ومن شرطه أن يكون الموالى عاقلا بالغاً حراً حتى لا يصبح موالاة الصبي والعبد
والمجنون ؛ ولو والى الصبي باذن الأب أو الوصي جاز والولاء للصبي ، وإن والى العبد
باذن مولاه جاز وكان وكيلاً عن مولاه ، ويقع الولاء للمولى ، لأن الصبي من أهل الولاء
والعبد لا ، لأن حكم الولاء العقل والإرث والعبد ليس أهلاً لذلك فثبتت الولاء لأقرب
الناس منه وهو المولى . قال (وله أن يفسخ عقد الولاء بالقول والفعل) لأنه عقد غير لازم
لأن الأعلى متبرع بالقيام بنصرته وعقل جنانيته ، والأسفل متبرع بمجعله خليفته في ماله والتبرع
غير لازم ما لم يحصل به القبض أو العوض كالمهبة . وله أن يفسخ بالقول بمحضرة الآخر
وبالفعل مع غيبته بأن يوالى غيره كمزول الوكيل بالقول يشترط علمه لأنه عزل قصداً وبالفعل
لا يشترط لأنه عزل حكماً . قال (فإن عقل عنه أو عن ولده ليس له ذلك) لحصول العوض
كالمهبة ، وكذا إذا كبر أحد أولاده فليس له أن يرجع عنه بعد ما عقل لما ذكرنا أنه دخل
في عقده وولائه قال (وإذا أسلمت المرأة ووالت أو أقرت بالولاء وفي يدها ابن صغير
تبعها في الولاء) وقالوا : لا يتبعها لأنه لا ولاية لها على ماله فعلى نفسه أولى ، وله أنه بمنزلة
النسب وهو نفع محض فيملكه عليه كقبض الهبة ، والله أعلم .

كتاب الأيمان

وهو جمع يمين ، واليمين في اللغة : القوة ، قال تعالى - لأخذنا منة باليمين - أي بالقوة
والقدرة منا ، وقيل في قوله تعالى - إنكم كنتم تأثروننا عن اليمين - أي تتهمون علينا ، وقال :
إذا ما راية رفعت لجند تلقاها عرابة باليمين

وهي الجارحة أيضاً ، وهي مطلق الحلف بأي شيء كان من غير تخصيص ، وقوله تعالى
- فراغ عليهم ضرباً باليمين - يحتمل الوجوه الثلاثة : أي بيده اليمنى أو بقوة أو بحلفه ، وهو
قوله - وثالثه لأكيدين أصنامكم - . وفي الشرع نوعان : أحدهما القسم ، وهو ما يقتضى
تعظيم المقسم به ، فلهذا قلنا لا يجوز إلا بالله تعالى ، قال عليه الصلاة والسلام « من كان
حالفاً فليحلف بالله أو ليذر » وفيها المعنى اللغوي ، لأن فيها الحلف ، وفيها معنى القوة
لأنهم يتوكلون كلامهم ويوثقون بالقسم بالله تعالى ، وكانوا إذا تحالفوا أو تعاهدوا يأخذون

الْيَمِينُ بِاللّهِ تَعَالَى ثَلَاثَةً : غَمُوسٌ ، وَهِيَ الْخَلِيفَةُ عَلَى أَمْرِ مَاضٍ أَوْ حَالٍ يَتَعَمَّدُ فِيهَا الْكَذِبَ فَلاَ كَفَّارَةَ فِيهَا . وَلَغَوٌ : وَهِيَ الْخَلِيفَةُ عَلَى أَمْرِ يَظُنُّهُ ٢٢ قَالَ وَهُوَ بِخِلَافِهِ ، فَتَرَجُّوْا أَنْ لَا يُؤْخِذَهُ اللهُ بِهَا . وَمُنْعَقِدَةٌ : وَهِيَ الْخَلِيفَةُ عَلَى أَمْرِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ لِيَفْعَلَهُ أَوْ يَتْرُكَهُ ،

باليمن التي هي الجارحة . الثاني الشرط والجزاء ، وهو تعليق الجزاء بالشرط على وجه ينزل الجزاء عند وجود الشرط كقوله : إن لم آتك غدا فمبدي حر ، وهذا النوع ثبت بالأصطلاح الشرعي ولم ينقل عن أهل اللغة وفيه معنى القوة والتوثق أيضا ، لأن اليمن تعقد للحمل على فعل المخلوف عليه أو للمنع عن فعله ، فان الإنسان يعلم كون الفعل مصلحة ولا يفسله لنفور الطبع عنه . ويعلم كونه مفسدة ولا يمتنع عنه لميله إليه وغلبة شهوته ، فاحتاج في تأكيد عزمه على الفعل أو الترك إلى اليمن ، وكما أن اليمن بالله تعالى تحمله أو تمنعه لما يلزمها من الإثم . بهتك الاسم المعظم والكفارة ، فذلك الشرط والجزاء يحمله ويمتنعه لما يلزمه من زوال ملك النكاح وملك الرقية وغير ذلك فيحصل المنع والحمل بكل واحدة من اليمينين فأخفئناهما بها لاشتراكهما في المعنى ، واليمين مشروعة في المعاهدات والخصومات توكيدا وتوثيقا للقول . قال تعالى - ولكن يؤخذكم بما عقدتم الأيمان - وقال عليه الصلاة والسلام « لا تخلفوا بأيمانكم ولا بالطواغيت » ، من كان حائفا فليحلف بالله أو لينذر « والأفضل أن يقلل الحلف بالله تعالى ، والحلف بغير الله تعالى قيل يكره لقوله عليه الصلاة والسلام « ملعون من حلف بالطلاق وحلف به » وقيل إن أضيف إلى المستقبل لا يكره وإلى الماضي يكره ، وهذا حسن لأنها مستعملة في اليهود والمواثيق بين المسلمين من غير نكير . والحديث محمول على الإضافة إلى الماضي بالإجماع ، وهي من إيمان السفلة . قال (اليمن بالله تعالى ثلاثة : غموس ، وهي الخلف على أمر ماضٍ أو حال يعتمد فيها الكذب فلا كفارة فيها . ولغو : وهي الخلف على أمر يظنه كما قال وهو بخلافه . فترجؤون أن يؤاخذَهُ اللهُ بِهَا . ومنعقدة : وهي الخلف على أمر في المستقبل ليفعله أو يتركه) فإذا حث فيها فعليه الكفارة . وبيان ذلك أن اليمن إما أن تكون على الماضي أو على الحال أو على المستقبل ، فان كانت على الماضي أو على الحال . فلما أن يعتمد الكذب فيها وهي الأولى ، أو لم يعتمد وهي الثانية ، وإن كانت على المستقبل فهي الثالثة ، سواء كان عمدا أو ناسيا مكرها أو طائعا على ما نيينه إن شاء الله تعالى . أما الغموس فليست بمينا حقيقة ، لأن اليمن عقد مشروع على ما بينا وهذه كثيرة فلا تكون مشروعة ، وتسميتها بمينا مجاز لوجود صورة اليمن كما نهي صلى الله عليه وسلم عن بيع الحر سماء بيعا مجازا ، قالوا : وسميت غموسا لأنها تغمس صاحبها في نار جهنم ، ولهذا قلنا لا كفارة فيها . واليمن على

وَهِيَ أَنْوَاعٌ : مَبْنِيَةٌ فِيهِ الْبِرُّ كَمَعْلَمِ الْفَرَائِضِ وَتَمَنَعُ الْمَعَاصِي ، وَتَنْوَعُ
يَجِبُ فِيهِ الْخِشْيَةُ كَمَعْلَمِ الْمَعَاصِي وَتَتَرَكُ الْوَاجِبَاتِ ، وَتَنْوَعُ الْخِشْيَةُ فِيهِ خَيْرٌ

الْمَاضِي مِثْلُ قَوْلِهِ : وَاللَّهُ مَا فَعَلْتَ كَذَا وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ فَعَلَهُ ، أَوْ وَاللَّهُ لَقَدْ فَعَلْتَ كَذَا وَهُوَ
يَعْلَمُ أَنَّهُ لَمْ يَفْعَلْهُ ، وَالْحَالُ أَن يَقُولَ : وَاللَّهُ مَا لَمْ يَفْعَلْهُ عَلَى دِينٍ وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ لَمْ يَفْعَلْهُ ، فَهَذِهِ
الْبَيِّنَاتُ لِاتِّعَادِ الْكَفَّارَةِ فِيهَا وَإِنَّمَا التَّوْبَةُ وَالِاسْتِغْفَارُ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى ، قَاءَ ، عَلَيْهِ الصَّلَاةُ
وَالسَّلَامُ « خَمْسٌ مِنَ الْكِبَائِرِ لَا كَفَّارَةَ فِيهِنَّ الشُّرْكُ بِاللَّهِ ، وَعُقُوقُ الْوَالِدَيْنِ ، وَبَيْتُ الْمُسْلِمِ (١) »
وَالْفِرَارُ مِنَ الزَّحْفِ ، وَالْبَيِّنَاتُ الْغُمُوسُ » وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « الْبَيِّنَاتُ الْغُمُوسُ تَدْعُ
الدَّيَارَ بِالْقَاعِ » وَلَمْ يَذْكُرْ فِيهَا الْكَفَّارَةَ ، وَارُوجِبَ لَذِكْرِهَا تَعْلِيماً ، أَوْ نَقُولُ : لَوْ كَانَ
لَهَا كَفَّارَةٌ لَمَا دَعَتْ الدَّيَارَ بِالْقَاعِ لِأَنَّ الْكَفَّارَةَ اسْمٌ لِمَا يَسْتَرُ الذَّنْبَ فَرَفَعَ إِثْمَهُ وَعَقُوبَتُهُ
كَثِيرٌ مِنْهَا مِنَ الذُّنُوبِ وَلِأَنَّهَا كَبِيرَةٌ بِالْحَدِيثِ ، وَالْكَفَّارَةُ عِبَادَةٌ لِأَنَّهَا تَتَأَدَّى بِالصُّومِ
وَيُشْرَطُ فِيهَا النِّيَّةُ فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهَا ، وَلِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَوْجِبَ الْكَفَّارَةَ يَقُولُهُ : بِمَا عَقَدْتُمُ الْإِيمَانَ
فَكَفَّارَتُهُ - وَالْمَقْدَرُ مَا يَتَصَوَّرُ فِيهِ الْحُلُّ وَالْعَقْدُ ، وَذَلِكَ لَا يَتَصَوَّرُ فِي الْمَاضِي . وَأَمَّا اللَّفْظُ
كَقَوْلِهِ : وَاللَّهُ مَا دَخَلْتُ الدَّارَ ، أَوْ مَا كَلِمَتِي زَيْدًا يَبْظَنُهُ كَذَلِكَ وَهُوَ بِخِلَافِهِ وَيَكُونُ فِي الْحَالِ
أَيْضاً كَقَوْلِهِ : وَاللَّهُ إِنْ الْمُقْبِلُ لَيُرِيدُ فَإِذَا هُوَ عَبْدُ اللَّهِ ، وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَى - لَا يُؤْخَذُكُمْ
اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ - . وَحَكَى مُحَمَّدٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ اللَّفْظَ مَا يَجْرِي بَيْنَ النَّاسِ مِنْ قَوْلِهِ :
لَا وَاللَّهِ وَبِئْسَ اللَّهُ ، وَعَنْ عَائِشَةَ مِثْلَهُ مَوْقُوفاً وَمَرْقُوعاً ، وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ هُوَ الْخَلْفُ عَلَى
يَمِينٍ كَاذِبَةٌ وَهُوَ يَرَى أَنَّهُ صَادِقٌ ، فَإِنْ قِيلَ كَيْفَ يَقُولُ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ نَرْجُو أَنْ لَا يُؤْخَذَهُ
اللَّهُ بِهَا ، وَاللَّهُ تَعَالَى نَفَى الْمُؤْخَاذَةَ قَطْعاً ، فَالْجَوَابُ مِنْ وَجْهَيْنِ : أَحَدُهُمَا أَنَّ الْعُلَمَاءَ
اِخْتَلَفُوا فِي تَفْسِيرِ اللَّفْظِ ، فَقَالَ مُحَمَّدٌ : نَرْجُو أَنْ لَا يُؤْخَذَهُ اللَّهُ تَعَالَى بِالْبَيِّنَاتِ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي
فُسِّرَ لِاحْتِمَالِ أَنَّهَا غَيْرُهُ . وَالثَّانِي أَنَّ الرَّجَاءَ عَلَى وَجْهَيْنِ : رَجَاءُ طَمَعٍ ، وَرَجَاءُ تَوَاضُعٍ ،
فَجَازَ أَنْ يُحْمَدَ ذِكْرُ ذَلِكَ عَلَى سَبِيلِ التَّوَاضُعِ . وَرَوَى ابْنُ رَسْتَمٍ عَنْ مُحَمَّدٍ : لَا يَكُونُ اللَّفْظُ
إِلَّا فِي الْبَيِّنَاتِ بِاللَّهِ . وَقَدْ عُبِّرَ عَنْهُ الْكَرْخِيُّ فَقَالَ : مَا كَانَ الْخُلُوفُ بِهِ هُوَ الَّذِي يُلْزِمُهُ بِالْخِشْيَةِ
فَلَا لَفْظَ فِيهِ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ مَنْ حَلَفَ بِاللَّهِ عَلَى أَمْرٍ يَبْظَنُهُ كَمَا قَالَ وَلَيْسَ كَذَلِكَ لَفْظُ الْخُلُوفِ
عَلَيْهِ وَيَقْبِي قَوْلُهُ وَاللَّهُ فَلَا يُلْزِمُهُ شَيْءٌ ، وَالْبَيِّنَاتُ بِغَيْرِ اللَّهِ تَعَالَى يُلْغُو الْخُلُوفَ عَلَيْهِ وَيَقْبِي
قَوْلُهُ أَمْرُهُ طَائِقٌ أَوْ عَبْدُهُ حَرٌّ أَوْ عَلَيْهِ الْحَجُّ فَيُلْزِمُهُ . (و) أَمَّا الْمُتَنَقِّدَةُ (فَهِيَ أَنْوَاعٌ : مِنْهَا
مَا يَجِبُ فِيهِ الْبِرُّ كَمَعْلَمِ الْفَرَائِضِ وَمَنَعِ الْمَعَاصِي) لِأَنَّ ذَلِكَ فَرَضَ عَلَيْهِ فَيَتَأَكَّدُ بِالْبَيِّنَاتِ (وَنَوْعٌ
يَجِبُ فِيهِ الْخِشْيَةُ كَمَعْلَمِ الْمَعَاصِي وَتَرَكِ الْوَاجِبَاتِ) قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « مَنْ
حَلَفَ أَنْ يَطِيعَ اللَّهَ فَلْيَطِيعْهُ ، وَمَنْ حَلَفَ أَنْ يَعْصِيَهُ فَلَا يَعْصِهِ » (وَنَوْعٌ الْخِشْيَةُ فِيهِ خَيْرٌ

(١) قَوْلُهُ وَبَيْتُ الْمُسْلِمِ ، بِفَتْحِ الْبَاءِ وَسُكُونِ الْمَاءِ : اقْتِرَاءُ الْكَلْبِ عَلَيْهِ .

مِنَ الْبِرِّ كَهَجْرَانِ الْمُسْلِمِ وَنَحْوِهِ ، وَتَوَعَّاهَا عَلَى السَّوَاءِ ، فَحَفِظَ الْيَمِينَ فِيهِ أَوَّلَى ، وَإِذَا حَتَّ فَعَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ : إِنْ شَاءَ أَعْتَقَ رَقَبَةً ، وَإِنْ شَاءَ أَطْعَمَ عَشْرَةَ مَسَاكِينَ أَوْ كَسَاهُمْ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ صَامَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ مُتَتَابِعَاتٍ ، وَلَا يَحُوزُ التَّكْفِيرَ قَبْلَ الْحَتِّ ،

من البر كهجرجان المسلم ونحوه قال عليه الصلاة والسلام « من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت التي هي خير وليكفر عن يمينه » ولأن الحنث ينجر بالكفارة ولا جابر للمعصية (ونوعهما على السواء ، فحفظ اليمين فيه أولى) قال تعالى - واحفظوا أيمانكم - أى عن الحنث . قال (وإذا حث) يعنى فى الأيمان المستقبل (فعليه الكفارة) لقوله تعالى - ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان - قال (إِنْ شَاءَ أَعْتَقَ رَقَبَةً ، وَإِنْ شَاءَ أَطْعَمَ عَشْرَةَ مَسَاكِينَ أَوْ كَسَاهُمْ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ صَامَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ مُتَتَابِعَاتٍ) قال تعالى - فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة - خير فيكون الواجب أحدها ، ثم قال - فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام - . قرأ ابن مسعود رضى الله عنه : ثلاثة أيام متتابعات وقراءته مشهورة فكانت كالتحرير المشهور ، والكلام فى الرقبة والظلماء والتفصيل فى ذلك مرّ فى الظهار . وأما الكسوة فهو اسم لما يكتسى به ، والمقصود منها ردّ العرى ، وكل ثوب يصير به مكتسباً يسمى كسوة وإلا فلا ، فإذا اختار الحائض الكسوة كسا عشرة مساكين كل مسكين ما ينطق عليه اسم الكسوة . وروى عن أبى حنيفة وأبى يوسف أن أدناه ما يستر عامة بدنه فلا يجوز السراويل لأن لابسها يسمى عريانا عرفاً . وعن محمد أدناه ما يجوز فيه الصلاة فلا يجوز الخف ولا القلنسوة لأن لابسها لا يسمى مكتسباً ولهذا لا يجوز فيها الصلاة ، وقيل لكل مسكين إزار ورداء وقميص ، وقيل كساء وقيل ملحف ، وقيل يجوز الإزار إن كان يتوشح به ، وإن كان يستر عورته دون البدن لا يجوز كالسراويل . وعلى قول محمد يجوز لأنه يجوز فيه الصلاة . وعن أبى حنيفة فى العمامة إن كانت سابعة قدر الإزار السابغ أو ما يقطع منه قميص يجوز وإلا فلا ، وما لا يميزه فى الكسوة يميزه عن الإطعام باعتبار القيمة إذا نواه ، ولا تتأدى الكفارة إلا بفعل يزيل ملكه عن العين ليكون زاجراً ورادعاً له فيتحقق معنى العقوبة فلا بدّ فيه من التملك ، ولو أعاره لا يجوز لأنه لا يزول ملكه عن العين ، بخلاف الطعام حيث يجوز فيه الإباحة ، لأن ملكه يزول عن الطعام بالإباحة كما يزول بالتمليك ، ولو كفر عنه غيره بأمره جاز ، وبغير أمره لا يجوز كما فى الزكاة لأنها عبادة أو عقوبة ، فلا بدّ من الإتيان بنفسه أو نائبه وذلك بالإذن لينقل فعله إليه . قال (ولا يجوز التكفير قبل الحنث) لقوله عليه الصلاة والسلام

وَالْقَاضِدُ وَالْمُكْرَهُ وَالنَّاسِي فِي الْيَمِينِ سَوَاءٌ .

فصل

وَحُرُوفُ الْقَسَمِ : الْبَاءُ ، وَالْوَاوُ ، وَالنَّاءُ ؛

« من حلف على يمين ورأى غير ما خيرا منها فليأت الى هي خير وليكفر عن يمينه » وروى
« ثم ليكفر بيمينه » أمروا أنه يقتضى الوجوب ولا وجوب قبل الحنث ، أو نقول : إذا
حنث يجب عليه أن يكفر بالأمر ، ولأن الكفارة سائرة والسر يعتمد ذنبا أو جنابة ولم يوجد
قبل الحنث لأن الجنابة هي الحنث لما يتعلق به من هتك حرمة اسم الله تعالى واليمين ما نعمة من
ذلك فلا تكون سببا مفضيا إلى الحنث ، بخلاف ما إذا كفر بعد الجرح قبل زهوق الروح ،
لأن الجرح سبب مفض إلى الزهوق غالبا ، وبخلاف ما إذا أدت الزكاة بعد النصاب قبل
الحول لأن السبب المال . قال (والقاضد والمكره والناسي في اليمين سواء) قال عليه الصلاة
والسلام « ثلاث جدّ جدّ وهزلن جدّ : الطلاق والنكاح والأيمان » وعن عمر
رضي الله عنه : أربعة لأردّ يدي (١) فيمن وعدّ منها الأيمان . وروى « أن المشركين
استحلّوها حذيفة وأباه أن لا يعينا رسول الله عليه الصلاة والسلام ، فقبل لرسول الله فقال :
يخى لهم بعدهم ونستعين الله عليهم » فحكم بصحة اليمين مع الإكراه ، والكلام في الإكراه
مضى في بابه ، ولأن شرط الحنث هو الفعل ، ووجود الفعل حقيقة لا يعمله الإكراه
والنسيان ، ولا يصح يمين الصبي والمجنون والنائم لما مرّ في الطلاق .

فصل

(وحروف القسم : الباء ، والواو ، والناء) هو المجهود المتوارث ، وقد ورد بها
القرآن . قال تعالى - والله ربنا - وقال - يحلفون بالله - وقال - تالله لقد أرسلنا - ، والله
يمين أيضا لأن اللام تبدل من الباء ، قال تعالى - آمنتم به - و- آمنتم له - ، والأصل فيه أن
حرف الباء للإصباح وضعا والواو بدل عنه فانه للجمع ، وفي الإصباح معنى الجمع ،
والناء بدل من الواو ، وكقولهم : تراث ، ونجاء ؛ فلما كانت الباء أصلا صلحت للقسم
في اسم الله وسائر الأسماء ؛ وفي الكناية كقولهم : بك لأفعلن - كذا ، وكون الواو بدلا
عنها نقصت عنها فصلحت في الأسماء الصريحة دون الكناية ، وكون الناء بدل البدل
اختصت باسم الله وحده ، ولم تصلح في غيره من الأسماء ولا في الكناية .

(١) قوله ردّ يدي ، قال في مختار الصحاح : والرّد يدي مقصور بكسر الراء والدال
وتشديد الراء . وفي الحديث « لأردّ يدي في الصدقة » .

وَتَضْمَرُ الْحُرُوفُ فَتَقُولُ : اللهُ لِأَفْعَلْ كَذَا ؛ وَالْيَمِينُ بِاللّهِ تَعَالَى وَيَأْمِنُهُ ،
وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى نِيَّةٍ إِلَّا فَيَا يُسَمَّى بِهِ غَيْرُهُ كَالْحَكِيمِ وَالْعَلِيمِ ، وَيَصِفَاتِ
ذَاتِهِ كَعَزَّةِ اللهِ وَجَلَالِهِ ، إِلَّا وَعِلْمُ اللهِ فَلَا يَكُونُ يَمِينًا ، وَكَذَلِكَ وَرَحْمَةُ
اللهِ وَسَخَطُهُ وَغَضَبُهُ ؛

قال (وتضمير الحروف فتقول : الله لأفعل كذا) ثم قد ينصب لنزع الخافض ، وقد
ينخفض دلالة عليه وهو خلاف بين البصريين والكوفيين والنبي عليه الصلاة والسلام حلف
الذي طلق امرأته ألبته والله ما أردت بالبتة إلا واحدة ، والحلف من عادة العرب تخفيفا ؛
والحلف في الإثبات أن يقول : والله لقد فعلت كذا ، أو والله لأفعلن كذا مقرونا بالتأكيد
وهو اللام والنون ، حتى لو قال : والله لأفعل كذا اليوم فلم يفعله لا تلزمه الكفارة ، لأن
الحلف في الإثبات لا يكون إلا بحرف التأكيد لغة ؛ أما في النفي يقول : والله لأفعل كذا ،
أو والله ما فعلت كذا . قال (واليمين بالله تعالى وبأله) لأنه يجب تعظيمه ولا يجوز هتك
حرمة اسمه أصلا ، ولأنه متعاهد متعارف ، والأيمان مبنية على العرف ، فما تعارف الناس
الحلف به يكون يمينًا ومالا فلا ، لأن قصدهم وتيهم تنصرف إلى الحقيقة العرفية كما
ينصرف عند عدم العرف إلى الحقيقة اللغوية ، لأن الحقيقة العرفية قاضية على اللغوية لسبق
الفهم إليها . قال (ولا يحتاج إلى نية إلا فيا يسمى به غيره كالحكيم والعلم) فيحتاج إلى
النية ، وقيل لا يحتاج في جميع أسمائه ويكون حالفا ، لأن الحلف بغير الله تعالى لا يجوز ،
والظاهر أنه قصد يمينًا صحيحة فيحمل عليه فيكون حالفا ، إلا أن ينوي غير الله تعالى لأنه
نوى بحتم كلامه . وعن محمد : وأمانة الله يمين ، فلما سئل عن معناه قال : لأأدرى كأنه
وجد العرب يحلفون بذلك لحادة فجعله يمينًا . وعن أبي يوسف ليس يمين لأحتمل أنه أراد
الفرائض ، ذكره الطحاوي . قال (وبصفات ذاته كعزة الله وجلاله ، إلا وعلم الله فلا يكون
يمينًا ، وكذلك ورحمة الله وسخطه وغضبه) ليس يمين .

اعلم أن الصفات ضربان : صفات الذات ، وصفات الفعل ، والفرق بينهما أن كل
ما يوصف به الله تعالى ، ولا يجوز أن يوصف بضده فهو من صفات ذاته ، كالقدرة
والعزة والعلم والعظمة ، وكل ما يجوز أن يوصف به وبضده فهو من صفات الفعل
كالرحمة والرفقة والسخط والغضب ؛ فما كان من صفات الذات إذا حلف به يكون يمينًا
إلا وعلم الله ، لأن صفات الله تعالى قديمة كذاته ، فما تعارف الناس الحلف به صار ملحقًا
بالاسم والذات فيكون يمينًا وإلا فلا ، وعلم الله ليس بمتعارف حتى قال عامة المشايخ :
لا يكون يمينًا وإن نواه لعدم التعارف ، وعند بعضهم يكون يمينًا كغيرها من الصفات ،
ولأن صفات الذات لما لم يكن لها معنى غير الذات كان ذكرها كذكر الذات فكان قوله

وَالْحَلِيفُ بِغَيْرِ اللَّهِ تَعَالَى لَيْسَ يَمِينُ كَالنَّبِيِّ وَالْقُرْآنِ وَالْكَعْبَةِ ، وَالْبَرَاءَةُ مِنْهُ يَمِينٌ ،

وقدرة الله كقوله ، والله القادر ، وهو التماس في العلم لأنه من صفات الذات إلا أنه جرت العادة أن العلم يذكر ويراد به المعلوم ، ومعلوم الله تعالى غيره . قال النسفي : وهذا لا يستقيم على مذهب أهل الحق ، والصحيح أن كلها صفات الله تعالى قائمة بذاته والحلف بها حلف بالله ، والفرق الصحيح ما قاله محمد إن هذه الأشياء يراد بها غير الصفة ، فلهذا لم يصر به خالفا بالشك ، فالرحمة تذكر ويراد بها المطر والنعمة ويراد بها الجنة ، قال تعالى - ففي رحمة الله هم فيها خالدون - . والسخط والغضب يراد بهما ما يقع من العذاب في النار ، والرضى يراد به ما يقع من الثواب في الجنة فصار خالفا بغير الله من هذا الوجه . قال (والحلف بغير الله تعالى ليس يمين كالنبي والقرآن والكعبة ، والبراءة منه يمين) والأصل في هذا أن الحلف بغير الله تعالى لا يجوز لما روي ، وروى أنه عليه الصلاة والسلام سمع عمر يخلف بأبيه فقال « إن الله ينهاكم أن تحلفوا بأبائكم ، من كان خالفا فليحلف بالله أو فليصمت » وروى « من حلف بغير الله فقد أشرك » ولأن الحلف تعظيم المحلوف به ولا يستحقه إلا الله تعالى ، وإذا لم يجوز الحلف بغير الله تعالى لا يلزمه به كفارة لأنه ليس يمين ، ولم يبتك حرمة منع من هتكها على التأييد ويدخل في ذلك ما ذكرنا ، أما البى والكعبة فظاهر ، وأما القرآن فهو المجموع المكتوب في المصحف بالعربية لأنه من القراء وهو الجمع وأنه يقتضى الضم والتركيب وذلك من صفات الحادث فيكون غير الله تعالى وغير صفاته ، لأن صفاته قائمة بذاته أزلية كهو ، حتى لو حلف بكلام الله كان يميناً لأن كلامه صفة قائمة بذاته لا يوصف بشيء من اللغات ، لأن اللغات كلها محدثة مخلوقة أو اصطلاحية على الاختلاف فلا يجوز أن تكون قديمة ، بل هي عبارة عن التقديم الذي هو كلام الله تعالى هذا مذهب أهل السنة والجماعة من أصحابنا ، وكذلك دين الله وطاعة الله وشرائعه وأنبياؤه وملائكته وعرشه وحلوه والصلاة والصوم والحج والبيت والكعبة والصفاء والمروة والحجر الأسود والقبر والمنبر لأن جميع ذلك غير الله تعالى ، قال عليه الصلاة والسلام « لا تحلفوا بأبائكم ولا بالطواغيت ولا بحد من حدود الله ولا تحلفوا إلا بالله » قال أبو حنيفة : لا يخلف إلا بالله متجرداً بالتوحيد والإخلاص . وأما البراءة من ذلك فيمين كقوله : إن فعلت كذا فأنابى من القرآن أو من الكعبة أو من هذه القبلة أو من النبي ، لأن البراءة من هذه الأشياء كفر ؛ وكذا إذا قال : أنا برىء مما في المصحف أو من صوم رمضان أو من الصلاة أو من الحج ، وأصله أن كل ما يكون اعتقاده كفرا ولا تحله الشريعة فيه الكفارة إذا حنث ، لأن الكفر لا يجوز استباحته على التأييد لحق الله تعالى فصار كحرمة اسمه ، ومن

وَحَقَّ اللهُ لَيْسَ بِيَمِينٍ ، وَالْحَقَّ يَمِينٌ ؛ وَلَوْ قَالَ : إِنْ فَعَلْتُ كَذَا فَعَلَيْهِ لَعَنَهُ اللهُ ، أَوْ هُوَ زَانٍ أَوْ شَارِبٌ خَمْرٍ فَلَيْسَ بِيَمِينٍ ، وَلَوْ قَالَ : هُوَ يَهُودِيٌّ أَوْ نَصْرَانِيٌّ فَهُوَ يَمِينٌ ، وَلَوْ قَالَ : لَعَمْرُ اللهِ ، أَوْ وَابِئِ اللهِ ، أَوْ وَعَهْدُ اللهِ ، أَوْ وَمِثَاقِهِ ، أَوْ عَلَى نَذْرٍ ، أَوْ نَذَرُ اللهُ فَهُوَ يَمِينٌ ؛ وَلَوْ قَالَ : أَحْلِفُ ، أَوْ أَقْسِمُ ، أَوْ أَشْهَدُ ، أَوْ زَادَ فِيهَا ذَكَرَ اللهُ تَعَالَى فَهُوَ يَمِينٌ ؛

هذا أنا أعبد الصليب أو أعبد من دون الله إن فعلت كلنا ؛ ولو قال الطالب الغالب : إن فعلت كذا فهو يمين للعرف ، ولو قال (وحقَّ اللهُ لَيْسَ بِيَمِينٍ) وروى عن أبي يوسف أنه يمين ، لأن الحق من صفات الله تعالى وهو حقيقة كأنه قال : هو الله الحق ، ولأن الخلف به معتاد وهو المختار اعتباراً للعرف ، ولهما ما روى « أن رسول الله عليه الصلاة والسلام سئل عن حقَّ الله تعالى على عباده ؟ فقال : أن تعبوه ولا تشركوا به شيئاً » فصار كقوله والطاعات والعبادات ، ولو قال كذلك ليس يمين . قال (والحق يمين) لأنه من أسماء الله تعالى ، ولو قال حقاً لا يمين ميمناً لأنه يراد به تأكيد الكلام وتحقيق الوعد . وقال الطحاوي : حقاً كقوله وأجبا على فهو يمين . قال (ولو قال : إِنْ فَعَلْتُ كَذَا فَعَلَيْهِ لَعَنَهُ اللهُ أَوْ هُوَ زَانٍ أَوْ شَارِبٌ خَمْرٍ فَلَيْسَ بِيَمِينٍ) وكذلك غضب الله وسخط الله عليه لأنه غير متعارف في الإيمان (ولو قال : هو يهودي أو نصراني فهو يمين) لقول ابن عباس : من حلف باليهودية والنصرانية فهو يمين ، ولأنه لما جعل الشرط دليلاً على الكفر فقد اعتد بالشرط واجب الامتناع ، وقد أمكن جعله واجباً لغيره بجملة يميناً كما قلنا في تحريم الحلال ، ولو قال ذلك لشيء فعله فهو محموس ، ثم قيل لا يكفر اجتراراً بالمستقبل ، وقيل يكفر كأنه قال هو يهودي إذ التعليق بالماضي باطل ، والصحيح أنه إن علم أنه يمين لا يكفر فيها وإن كان يعتقد أنه يكفر بالحنث يكفر فيها ، لأنه لما أقدم على الحنث فقد رضى بالكفر وعلى هذا هو مجوسى أو كافر ونحوه . قال (ولو قال : لعمر الله ، أو وابِئِ اللهِ ، أو وعهد الله ، أو وميثاقه أو على نذر ، أو نذر الله فهو يمين) أما عمر الله فهو بقاء والبقاء من صفات الله ، ولأن الله تعالى أقسم به فقال - لمعرك إنهم لفي سكرتهم يعمهون - وأما وابِئِ الله فمناه أيمن الله وهو جمع يمين وأنه متعارف ، وأما عهد الله فلقول تعالى - وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم - ثم قال - ولا تنقضوا الإيمان - سمى العهد يميناً ، والميثاق هو العهد عرفاً ، والنذر يمين . قال عليه الصلاة والسلام « النذر يمين وكفارته كفارة يمين » . وقال عليه الصلاة والسلام « من نذر نذراً وأسماء فعلية الوفاء به ، ومن نذر ولم يسم فعلية كفارة يمين » قال (ولو قال : أحلف ، أو أقسم ، أو أشهد ، أو زاد فيها ذكر الله تعالى فهو يمين) وكلنا قوله أعزم ، أو أعزم بالله ، أو على يمين ، أو يمين الله . وعن محمد : إذا قال أعزم

وَمَنْ حَرَّمَ عَلَى نَفْسِهِ مَا يَمْلِكُهُ فَإِنْ اسْتَبَاحَهُ أَوْ شَيْئًا مِنْهُ لَزِمَتْهُ الْكَفَّارَةُ ،
وَلَوْ قَالَ : كُلُّ حَلَالٍ عَلَى حَرَامٍ فَهُوَ عَلَى الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ إِلَّا أَنْ يَتَوَيَّرَ
غَيْرَهُمَا ،

أو أعزم بالله لأعرفه عن أبي حنيفة . وقال زفر : أحلف وأقسم وأشهد لا يكون بيننا إلا
أن يذكر اسم الله تعالى لأنه احتمل الحلف والقسم بالله ، ويحتمل بغيره فلا يكون بيننا بالشك ،
ولنا قوله تعالى - يحلفون لكم لترضوا عنهم - وقال - قالوا نشهد إنك لرسول الله - ثم قال
- اتخلفوا أيمانهم جنته - وقال - إذا أقسموا ليصر منها مصيبين ولا يستثنون - قال محمد :
لا يكون الاستثناء في اليمين ، ولأن حلف بعض الكلام جائز عند العرب تخفيفا ، ولأن ذلك
كالعلوم لأن الحلف لا يكون إلا بالله فكأنهم ذكروه ، وأما أعزم أو أعزم بالله فالعزم
هو الإيجاب ، قال تعالى - وإن عزموا الطلاق - والإيجاب هو اليمين . وقول محمد لأعرفه
عن أبي حنيفة فقد رواه عنه الحسن ؛ وأما على يمين أو يمين الله فلائه تصريح بإيجاب
اليمين عليه ، واليمين لا يكون إلا بالله وهو معتاد عند العرب . قال

- فقالت يمين الله مالك حيلة - ووجه الله يمين ، رواه ابن سماعة عن أبي يوسف
عن أبي حنيفة رحمه الله لأنه يذكر ويراد به الذات ، قال تعالى - وبيّ وجه ربك - وقال
- كل شيء هالك إلا وجهه - . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه ليس بيمين لعدم العرف
بذلك ولأنه يذكر ويراد به غير الله تعالى ، يقال : فعله ابتغاء وجه الله تعالى : أى ثوابه
فلا يكون بيمين بالشك . وروى ابن شجاع عن أبي حنيفة رحمه الله أنها من أيمان السفلة :
يعنى أنهم يقصنون الجارحة فيكون يميناً بغير الله تعالى . قال (ومن حرم على نفسه ما يملكه
فإن استباحه أو شيئاً منه لزمته الكفارة) وذلك مثل قوله : مالى على حرام أو ثوبى أو جاريتى
فلانة أو ركوب هذه الدابة ونحوه ، قال عليه الصلاة والسلام « تحريم الحلال يمين وكفارته
كفارة يمين » ولأنه أخبر عن حرمة عليه فقد منع نفسه عنه وأمكن جعله حراما لغيره
بأبواب موجب اليمين ، لأن اليمين أيضا بمنه عنه فيجعل كذلك محررا عن إلغاء كلامه ،
وهذا أولى من الحرمة المؤبدة ، لأن له نظيرا في الشرع وهو أرفق ، ثم الحرمة تتناول الكل
جزءا جزاء ، فأى جزء استباح منه حث ، كقوله : لا أشرب الماء ، ولو وهبه أو تصدق
به لأجنب عليه ، لأن البراءة بالتحريم حرمة الاستمتاع عرفا لحرمة الصدقة والهبة . قال
(ولو قال : كل حلال على حرام فهو على الطعام والشراب إلا أن ينوى غيرهما) وقال
زفر : يحنث كما فرغ لأنه باشر فعلا حلالا وهو التنفس . ولنا أن المقصود البر ولا يحصل
على اعتبار العموم فيسقط العموم فينصرف إلى الطعام والشراب لأنه يستعمل فيما يتناول
عادة ، ولو نوى امرأته دخلت مع المأكول والمشروب وصار موليا ، وإن نوى امرأته

وَمَنْ حَلَفَ حَالَةَ الْكُفْرِ لَا كَفَّارَةً فِي حِنْثِهِ ، وَمَنْ قَالَ : إِنْ شَاءَ اللَّهُ مُتَّصِلًا بِبَيْمِنِهِ فَلَا حِنْثَ عَلَيْهِ .

فصل

حَلَفَ لَا يَخْرُجُ ، فَأَمَرَ رَجُلًا فَأَخْرَجَهُ حِنْثٌ ، وَإِنْ أَخْرَجَهُ مُكْرَهَا لَا يَحْنُثُ .

وحدها صدق ولا يحنث بالأكل والشرب . قال مشايخنا هذا في عرفهم ، أما في عرفنا يكون طلاقا عرفا ، وقع بغير نية لأنهم تعارفوه فصار كالصريح وعليه الفتوى ؛ ولو قال : مال فلان على حرام فأكله أو أنفقه حنث إلا أن ينوي أنه لا يحل لي لأنه حرام فلا حنث عليه ؛ ولو حلف لا يرتكب حراما فهو على الزنا ، وإن كان مجبوا فعلى القبلة الحرام وأشباهاها ، ولو حلف لا يبطأ حراما فوطئ امرأته حالة الحيض والظهار لم يحنث إلا أن ينويه ، لأن الحرمة لمعارض لأن الوطء حرام في نفسه . قال (ومن حلف حالة الكفر لا كفارة في حنثه) لأن الكافر ليس بأهل لليمين لأنها تعظيم الله تعالى ولا تعظيم مع الكفر وليس أملا للكفارة لأنها عبادة حتى تتأدى بالصوم وليس من أهلها وتبطل اليمين بالردة ، فلو أسلم بعدها لا يلزمه حكمها لأن الردة تبطل الأعمال . قال (ومن قال : إن شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه) وقد مر في الطلاق ، ولا بد من الاتصال لأن بالسكوت يتم الكلام فلا استثناء بعده يكون رجوعا ولا رجوع في اليمين .

فصل

الخروج : هو الانفصال من الداخل إلى الخارج ، والدخول : الانفصال من الخارج إلى الداخل ، فعلى أي وصف وجد كان خروجا ، سواء كان راكبا أو ماشيا من الباب أو من السطح أو من قبة في الخائط أو تسور الخائط ، إلا أن يقول من باب الدار فلا يحنث إلا بالخروج من الباب . قال (حلف لا يخرج فأمر رجلا فأخرجه حنث) لأن الفعل مضاف إليه بالأمر كما إذا ركب دابة فخرجت به (وإن أخرجه مكرها لا يحنث) لعدم إضافة الفعل إليه لعدم الأمر وهو مخرج وليس بتأرجح . وقيل إن قدر على الامتناع حنث عند محمد لأنه لما لم يمتنع مع القدرة صار كأنه فعل الدخول كركوب الدابة . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يحنث وهو الصحيح لأنه ليس بدخول . وروى محمد عن أبي يوسف لو حمله برضاه لأبأمره لا يحنث لأنه ليس بفعل للدخول ، واليمين متعقدة على الفعل دون الرضا والإرادة أو نقول الفعل إنما يضاف إليه بأمره . وقيل يحنث والخلف على الدخول على هذه الوجوه .

حلف لا يخرج إلا إلى جنازة فخرج إليها ثم أتى حاجة أخرى لم يبحث .
 حلف لا يخرج إلى مكة فخرج يريد لها ثم رجع حنت ، وكذلك الذهاب
 في الأصح ، وفي الإتيان لا يبحث حتى يدخلها . حلف لا تدخل امرأته إلا
 بأذنه فلا بد من الإذن في كل مرة ، ولو قال : إلا أن آذنك لك يكفي
 إذن واحد .

قال (حلف لا يخرج إلا إلى جنازة فخرج إليها ثم أتى حاجة أخرى لم يبحث) لأنه لم يوجد
 الخروج لغير ما حلف عليه ، وإنما خرج إلى الجنازة وأنه مستثنى من الميم ، والإتيان بعد
 ذلك ليس بخروج (حلف لا يخرج إلى مكة فخرج يريد لها ثم رجع حنت) لوجود الخروج
 قاصدا إليها . قال (وكذلك الذهاب في الأصح) لأنه عبارة عن الانتقال والذهاب من
 موضعه ، قال تعالى - إنما يريد الله ليذهب عنكم الرجس أهل البيت - أي يزيله عنكم
 فأشبه الخروج (وفي الإتيان لا يبحث حتى يدخلها) لأن الإتيان الوصول ، قال تعالى - فأتيا
 فرعون - والمراد الوصول إليه ، ويقال في العرف : خرجت إلى بلد كذا ولم آت - أي
 قصدته بالخروج ولم أصل إليه ، والذهاب كالخروج في الاستعمال أيضا . حلف لا يخرج من
 هذا البيت فأخرج يديه وقلميه وهو قاعد لم يبحث لأنه لا يسي خارجا ، ولو كان مستقيا
 على ظهره أو يظنه أو على جنبه يبحث بخروج أكثر جسده إقامة للأكثر مقام الكل . وعن
 أبي يوسف فيمن حلف لا يخرج من دار كذا فهو على الخروج يبدنه ؛ ولو قال : من هذه
 الدار فهو على النقلة يبدنه وأهله هذا هو العرف ؛ ولو حلف على امرأته أن لا يخرج في غير
 حق فهو ما يعده الناس حقا في استعمالهم دون الواجب كزيارة الوالدين وذوى الأرحام
 وأعراسهم وعبادتهم ونحوه . وعن أبي يوسف حلف لا يخرج إلا إلى أهلها فأبواها لغيره ،
 فإن علما فكل ذى رحم محرم منها وأما المطلقة أهلها ، فإن كان أبوها متزوجا بغير
 أمها وأما كذلك فأهل منزل أبيها لا منزل أمها . حلف لا يخرج إلى بغداد فخرج من بيته
 لا يبحث ما لم يجاوز العمران قاصدا ببغداد ، بخلاف الخروج إلى الجنازة حيث يبحث بنفس
 الخروج ، لأن الخروج إلى بغداد سفر ، ولا سفر حتى يجاوز العمران ، ولا كذلك الخروج
 إلى الجنازة (حلف لا تدخل امرأته إلا بأذنه فلا بد من الإذن في كل مرة) لأن النهي
 يتناول عموم الدخولات إلا دخلة مقرونة بأذنه فصار كقوله : إلا رابكة ، وإلا متقبه فانه
 يشترط ذلك في كل مرة كذا هذا ، ولو نوى الإذن مرة صدق لأنه محتمل كلامه .
 وعن أبي يوسف أنه لا يصدق قضاء لأنه خلاف الظاهر ، وكذلك الميم على الخروج ؛
 ولو قال : كلما أردت فخرجت مرة بعد أخرى لا يبحث ، وإنها بها بعد ذلك فخرجت
 حنت (ولو قال : إلا أن آذنك يكفي إذن واحد) وكذلك حتى آذنك لأنه جعل

حلفت لا يدخل هذه الدار فصارت صحراء ودخلتها حنث ، وتو قال : ذاك لم يحنث ، وفي البيت لا يحنث في الوجهين . حلف لا يدخل بيتا لم يحنث بالكعبة والمسجد والبيعة والكنيسة . حلف لا يدخل هذه الدار نقام على سطحها حنث ، ولو دخل دهليزها إن كان لو أغلق الباب

الإذن غاية ليمتد لأنها كلمة الغاية فأنهت اليمين لوجود الغاية ، ولو أذن لها وهي نائمة صح كما لو كانت صاه ، وقيل لا يصح لعدم حصول العلم ، ولو أذن لها ولم تعلم فدخلت حنث قال أبو يوسف : لا يحنث لأن الإذن إطلاق وإنه يتم بالإذن كالرضى . ولما أن الإذن هو الإعلام ولم يوجد لأنه لا يتحقق الإعلام بدون العلم والإفهام ، بخلاف الرضى فيما إذا قال إلا برضى ، ثم قال رضى ولم تسمع ، لأن الرضى لزالة الكراهة وأنه يتحقق بدون السماع والعلم لأنه فعل القلب ، ولو قال : إلا بأمرى فأمرها ولم تسمع فدخلت حنث بالإجماع ، لأن الأمر لإلزام المأمور فلا بد من السماع كأوامر الشرع . حلف لا يخرج بغير علمه فخرج وهو يراها فلم يمنعه لم يحنث ، فإن أذن لها بالخروج فخرجت بغير علمه ، قال محمد : لا يحنث لأنه لما أذن لها فقد علم أنها تخرج فكان الخروج بعلمه . قال (حلف لا يدخل هذه الدار فصارت صحراء ودخلها حنث ، ولو قال دارا لم يحنث ، وفي البيت لا يحنث في الوجهين) لأن الدار اسم للعرصة حقيقة وعرضا ، والبناء صفة فيها ، لأن قوام البناء بالعرصة ، ولهذا ينطلق اسم الدار عليها بعد ذهاب البناء ، وفي أشعار العرب في نديهم الدور الدارسة لقوى شاهد ، غير أن للوصف معتبر في الغائب وهو منكر لقوى الحاضر لحصول التبريد بالإشارة على ما عرف ؛ ولما البيت فهو اسم لما يات فيه ، والعرصة إنما تصير صالحة للبيتونة بالبناء وأنه لا يبق بعد زواله حتى قالوا : لو خرب السقف وبقيت الحيطان يحنث لإمكان البيتونة فيه ، ولو بنى البيت بعد ما أنهى لم يحنث بدخوله وفي الدار يحنث لزوال اسم البيت بعد الانهزام وبقاء اسم الدار على ما بينا ، ولو جعلت الدار بستانا أو حتما أو مسجدا أو بيتا لدخله لم يحنث لتبدل الاسم والصفة باعتراض اسم آخر وصفة أخرى ، وكذا لو صارت مجرا أو نهرا ، وكذا لو بنيت دارا أخرى بعد البستان والحمام لا يحنث لما بينا . قال (حلف لا يدخل بيتا لم يحنث بالكعبة والمسجد والبيعة والكنيسة) لعدم إطلاق اسم البيت عليها عرفا ، ولما بينا أنه اسم لما يات فيه وأعد للبيتونة ، وهذا المعنى معدوم فيها . حلف لا يدخل دار فلان وهما في سفر على الخيمة والفسطاط والقبعة في كل منزل ، فإن نوى أحد هذه الأشياء صدق ديانة لا قضاء . قال (حلف لا يدخل هذه الدار نقام على سطحها حنث) لأنه من الدار كسطح المسجد في حق المعتكف ، وكل موضع إذا أغلق الباب لا يمكنه الخروج فهو من الدار (ولو دخل دهليزها إن كان لو أغلق الباب

كَانَ دَاخِلًا حَتَّىٰ وَلَا فَلَآ ، وَلَوْ كَانَ فِي الدَّارِ لَمْ يَحْتِثْ بِالْقُعُودِ .

فصل

حَلَفَ لَا يَلْبَسُ هَذَا الثَّوْبَ وَهُوَ لَا يَسُهُ قَزَعَهُ الْحَالِ لَمْ يَحْتِثْ ، وَإِنْ لَبِثَ سَاعَةً حَتَّىٰ ، وَكَذَلِكَ رُكُوبُ الدَّابَّةِ وَسُكْنَى الدَّارِ . حَلَفَ لَا يَسْكُنُ هَذِهِ الدَّارَ فَلَا يَدْ مِنْ خُرُوجِهِ بِأَهْلِهِ وَمَتَاعِهِ أَجْمَعٍ .

كَانَ دَاخِلًا حَتَّىٰ (لِأَنَّهُ مِنَ الدَّارِ) وَلَا فَلَآ (لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنَ الدَّارِ ، وَلَوْ أَدْخَلَ أَحَدَ رِجْلَيْهِ دُونَ الْآخَرِى إِنْ اسْتَوَى الْجَانِبَانِ أَوْ كَانَ الْجَانِبُ الْآخَرُ أَسْفَلَ لَا يَحْتِثْ ، وَإِنْ كَانَ الْجَانِبُ الدَّاخِلُ أَسْفَلَ حَتَّىٰ ، لِأَنَّ اعْتِمَادَ جَمِيعِ يَدَيْهِ يَكُونُ عَلَى رِجْلِهِ الدَّاخِلَةِ فَيَكُونُ دَاخِلًا) (وَلَوْ كَانَ فِي الدَّارِ لَمْ يَحْتِثْ بِالْقُعُودِ) لِأَنَّهُ لَمْ يَوْجَدْ مِنْهُ الدَّخُولَ عَلَى مَا ذَكَرْنَا بَعْدَ الْيَمِينِ . حَلَفَ لَا يَدْخُلُ بَيْتَ فُلَانٍ وَلَا نِيَّةَ لَهُ فَدَخَلَ بَيْتًا هُوَ سَاكِنُهُ حَتَّىٰ ، سَوَاءٌ كَانَ مُلْكُهُ أَوْ لَمْ يَكُنْ لِأَنَّهُ يُضَافُ إِلَيْهِ عَرَفًا ، بِخِلَافِ مَا إِذَا حَلَفَ لَا يَرْكَبُ دَابَّةَ فُلَانٍ أَوْ لَا يَسْتَعْمِدُ عِصَاهُ حَيْثُ لَا يَحْتِثْ بِالْعَبْدِ وَالدَّابَّةِ الْمُسْتَأْجَرِينَ فَإِنَّهُ لَا يُضَافُ إِلَيْهِ عَادَةً . وَلَوْ دَخَلَ دَارًا هِيَ مُلْكُ فُلَانٍ يَسْكُنُهَا غَيْرُهُ فِي رِوَايَةِ لَا يَحْتِثْ لِأَنَّ الْإِضَافَةَ بِالسُّكْنَى ، وَعَنْ عَمْدٍ أَنَّهُ يَحْتِثْ لِأَنَّهُ مُضَافَةٌ إِلَى الْمَالِكِ بِمُلْكِ الرِّقَةِ وَإِلَى الْمُسْتَأْجَرِ بِمُلْكِ الْمُنْفَعَةِ وَكِلَاهُمَا حَقِيقَةٌ . حَلَفَ لَا يَدْخُلُ دَارَ فُلَانٍ فَدَخَلَ دَارًا مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُ وَبَيْنَ فُلَانٍ وَفُلَانٍ سَاكِنَهَا لَا يَحْتِثْ ، وَإِنْ حَلَفَ لَا يَزْرَعُ أَرْضَهُ قَزَعَهُ أَرْضًا مُشْتَرَكَةً حَتَّىٰ لِأَنَّ كُلَّ جُزْءٍ مِنَ الْأَرْضِ أَرْضٌ وَلَيْسَ بَعْضُ الدَّارِ دَارًا تَنْسِيئَةً وَعَرَفًا . حَلَفَ لَا يَدْخُلُ دَارَ فُلَانَةٍ فَدَخَلَ دَارَهَا وَزَوْجُهَا يَسْكُنُهَا لَا يَحْتِثْ لِأَنَّ الدَّارَ تَنْسَبُ إِلَى السَّاكِنِ . حَلَفَ لَا يَدْخُلُ دَارَ فُلَانٍ وَلَهُ دَارٌ يَسْكُنُهَا وَدَارُ غُلَّةٍ فَدَخَلَ دَارَ الْغُلَّةِ لَا يَحْتِثْ . حَلَفَ لَا يَدْخُلُ دَارَ فُلَانٍ فَدَخَلَ بَيْتَانَا فِي تِلْكَ الدَّارِ ، إِنْ كَانَ مُتَصِلًا بِهَا لَمْ يَحْتِثْ ، وَإِنْ كَانَ فِي وَسْطِهَا حَتَّىٰ .

فصل

(حَلَفَ لَا يَلْبَسُ هَذَا الثَّوْبَ وَهُوَ لَا يَسُهُ قَزَعَهُ لِلْحَالِ لَمْ يَحْتِثْ ، وَإِنْ لَبِثَ سَاعَةً حَتَّىٰ ، وَكَذَلِكَ رُكُوبُ الدَّابَّةِ وَسُكْنَى الدَّارِ) وَقَالَ زُفَرٌ : يَحْتِثْ فِي الْوَجْهَيْنِ لَوْ جُودَ الْمَحْلُوفِ عَلَيْهِ وَإِنْ قَلَّ . وَلَنَا أَنَّ زَمَانَ تَحْقِيقِ الْبَرِّ مُسْتَقْبَلٌ لِأَنَّ الْيَمِينَ تَعْقِدُ لِلْبَرِّ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَبِثَ عَلَى تِلْكَ الْحَالَةِ لِأَنَّهُ يُسَمَّى لَا يَسَا وَرَاكِبًا وَسَاكِنًا فَيَتَحَقَّقُ الشَّرْطُ فَيَحْتِثْ (حَلَفَ لَا يَسْكُنُ هَذِهِ الدَّارَ فَلَا يَدْ مِنْ خُرُوجِهِ بِأَهْلِهِ وَمَتَاعِهِ أَجْمَعٍ) لِأَنَّ السُّكْنَى الْكُونُ فِي الْمَكَانِ عَلَى طَرِيقِ الْإِسْتِقْرَارِ ، حَتَّىٰ إِنْ مَنَ جُلَسَ فِي مَسْجِدٍ أَوْ خَانَ أَوْ بَاتَ فِيهَا لَا يَعْذَرُ سَاكِنًا ، وَالسُّكْنَى عَلَى وَجْهِ الْإِسْتِقْرَارِ إِنَّمَا تَكُونُ بِالْأَهْلِ وَالْمَتَاعِ وَالْأَثَاثِ ، فَإِنَّ الرِّجْلَ بَعْدَ سَاكِنَا فِي الدَّارِ

قال له : اجلس فتعقد عندي ، فقال : إن تعديت فعبدي حر ، فرجع وتعدي في بيته لم يحث . ولو أرادت الخروج فقال لها : إن خرجت فأنت طالق فجعلت ثم خرجت لم تطلق ،

باعتبار أهله ، يقال فلان يسكن في علة كذا أو سكة كذا أو دار كذا وأكثر نهاره في السوق فهما بقى في الدار شيء من ذلك فالسكنى باقية ، لأن السكنى تثبت بجميع ذلك فلا تنقضي إلا بنى الكل حتى قال أبو حنيفة : لو بقى وتد حث لما قلنا ؛ وعنه لو بقى ما لا يمتد به كالمكنسة والولد لم يحث لانقضاء اسم السكنى بذلك . وأبو يوسف اعتبر الأكثر إقامة له مقام الكل ، ولأنه قد يتعذر نقل الكل . ومحمد اعتبر نقل ما لا يد منه في البيت من آلات الاستعمال دون ما لا حاجة إليه في الاستعمال ، وقد استحسنوا ذلك لأنه أرفق بالناس ؛ ولو كان غنيا فأخذ في نقل الأمتعة من حين حلف حتى بقى على ذلك شهرا لم يحث هكذا روى عن محمد ؛ وكذلك لو كان في طلب مسكن آخر أياما حتى وجله لم يحث إذا لم يترك الطلب في هذه الأيام وينبغي أن ينتقل إلى منزل آخر بلا تأخير ، ولو انتقل إلى السكة أو إلى المسجد قيل يبر كما في منزل آخر ، وقيل يحث لأنه لما لم يتخذ وطنا آخر بقى وطنه الأول كالمسافر إذا خرج بعياله من مصره ، فلم يتخذ وطنا آخر حتى مر بمصره أتم الصلاة لأن وطنه لم يتغير كذا هذا . وذكر أبو الليث : لو انتقل إلى السكة وسلم الدار إلى صاحبها أو أجرها وسلمها بر في بيته ، وإن لم يتخذ دارا أخرى لأنه لم يبق ساكنا . ولو حلف لا يسكن في هذا المصر فانتقل بنفسه وترك أهله ومتاعه لم يحث ، لأن الرجل يكون أهله في مصر وهو ساكن في مصر آخر ، والقرية بمنزلة الدار ، والمختار أنها بمنزلة المصر (قال له : اجلس فتعقد عندي ، فقال : إن تعديت فعبدي حر ، فرجع وتعدي في بيته لم يحث ، ولو أرادت الخروج فقال لها : إن خرجت فأنت طالق ، فجعلت ثم خرجت لم تطلق) وكذا لو أراد ضرب عبده فقال له آخر : إن ضربته فعبدي حر ، فركبه ثم ضربه لم يعق ؛ وهذه تسمى يمين الفور ، وأول من أظهرها أبو حنيفة ، ووجهه أن المقصود هو الامتناع عن الغداء المدعو إليه وهو الغداء عنده ، لأن الجواب يطابق السؤال ، وكذلك قصده منعها عن الخروج الذي همت به والضرب الذي هم وبذلك يشهد العرف والعادة . وعن محمد : لو قال : إن ضربتني فلم أضربك ، أو إن لقيتك فلم أسلم عليك ، أو إن كلمتني فلم أجبك ، أو إن استعرت دابتك فلم تعرنى ، أو إن دخلت الدار فلم أقعد ، أو إن ركبت دابتك فلم أعطك دابتي فهو على الفور اعتبارا للعرف ، وهكذا الحكم في نظائره . ولو أراد أن يجمع امرأته فلم تطاوعه فقال : إن لم تلخلى معي البيت فأنت طالق ، فدخلت بعد ما سكنت شهوته طلقت ، لأن مقصوده الدخول لقضاء الشهوة وقد فات فصار شرط الحث عدم

وَمَنْ حَلَفَ لَا يَرْكَبُ دَابَّةً فَلَانَ فَرَكِبَ دَابَّةً عَبْدُهُ الْمَأْذُونُ كَمْ يَحْنُثُ
مَذْبُونًا كَانَ أَوْ غَيْرَ مَذْبُونٍ . حَلَفَ لَا يَتَكَلَّمُ فَقَرَأَ الْقُرْآنَ أَوْ سَبَّحَ أَوْ هَلَّلَ
كَمْ يَحْنُثُ . حَلَفَ لَا يَكْلِمُهُ شَهْرًا فَنَ حِينَ حَلَفَ . حَلَفَ لَا يَكْلِمُهُ فَكَلَّمَهُ
يَحْنُثُ يَسْمَعُ إِلَّا أَنَّهُ نَأَمَ حَيْثُ ،

الدخول لقضاء الشهوة وقد وجد . قال (ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبده
المأذون لم يحنث مديونا كان أو غير مديون) عند أبي حنيفة ، أما إذا كان مستغرقا بالديون
فلأن عبده لملك المولى فيه على ما عرف في بابه ، وأما إذا لم يكن مستغرقا أو لم يكن عليه
دين فإن الملك وإن كان للمولى فإنه يضاف إلى العبد فلا يحنث إلا أن يتويه لاختلال
الإضافة إلى المولى . وقال أبو يوسف : يحنث في جميع ذلك إذا نواه . وعند محمد يحنث
بمعون النية ، لأن الملك عندهما للمولى وإن كان مديونا ، إلا أن أبا يوسف يقول : الإضافة
إلى المولى اختلكت فاحتاج إلى النية . حلف لا يأكل من كسب فلان فهو ماله صنع في اكتسابه
وذلك فيما ملكه بفعله كالقبول في العقود كالبيع والشراء أو الإجارة والهبة والصدقة والوصية
ونحوها وأخذ المباحات . فأما الميراث فيدخل في ملكه بغير فعله فلا يكون كسبه . ولو مات
المخلوف عليه وانتقل كسبه إلى وارثه فأكله الخالف حنث لأنه كسبه ولم يعترض عليه
كسب ، ولو انتقل إلى غيره بغير الميراث لم يحنث لأنه صار كسب الثاني ، وكذلك لو قال :
لا آكل مما تملك أو مما ملكت أو من ملكك ، فإذا خرج من ملك المخلوف عليه إلى ملك
غيره فأكل منه الخالف لم يحنث ، لأن الملك إذا تجدد على عين بطلت الإضافة الأولى
وصار ملكا لثاني ، وكذا لو حلف لا يأكل من ميراث فلان فأتى فأكل من ميراثه حنث ،
وإن مات وارثه وانتقل إلى وارثه لم يحنث ، لأن الميراث الآخر نسخ الميراث الأول فبطلت
الإضافة إلى الأول . قال (حلف لا يتكلم فقرا القرآن أو سبى أو هلى لم يحنث) لأن مبنى
الأيمان على العرف ، يقال : ما تكلم وإنما قرأ أو سبى ، والقياس أن يحنث فيهما لأنه كلام
لأن الكلام ما يتنافى الخرس والسكوت ، وجوابه ما قلنا ؛ وقيل لا يحنث في الصلاة ويحنث
خارجها ، لأن الكلام في الصلاة مفسد فلم يجعل كلاما ضرورة ، ولا ضرورة خارج
الصلاة . قال أبو الليث : إن حلف بالعربية فكلنك ، وإن حلف بالفارسية لا يحنث فيها
لأنه لا يسمى متكلما . قال (حلف لا يكلمه شهرا فن حين حلف) لأنه لو لم يذكر الشهر
تأبى البيت ، فلما ذكر الشهر خرج ما وراءه عن البيت وبقي الشهر ، وكذلك الإجارة ،
بخلاف الصوم لأنه لو لم يذكر الشهر لا يتأبد فكان التحيين إليه . قال (حلف لا يكلمه فكلمه
بحيث يسمع إلا أنه نأى حنث) وكذا لو كان أصم لأنه كلمه ووصل إلى سمعه وعدم فهمه
لنومه وصممه ، فصار كما إذا كان متغافلا أو مجنوننا . وفي رواية : اشترط أن يوقظه ،

وَلَوْ كَلَّمْ غَيْرَهُ وَقَصَدَ أَنْ يَسْمَعَ لَمْ يَحْتِثْ ؛ وَلَوْ سَلَّمَ عَلَى جَمَاعَةٍ هُوَ فِيهِمْ حَيْثُ ، وَلَنْ نَوَاهُمْ دَوْتَهُ لَمْ يَحْتِثْ .

لأنه إذا أيقظه فقد أسمع ، ولوناداه من حيث لا يسمع في مثله الصمت لا يحث ، وكذلك إن كان بعيدا لو أصغى إليه لا يسمع لا يحث ، لأن المكاملة عبارة عن الاستماع إلا أنه باطن فأقيم السبب المفضى إلى السماع مقامه ، وهو ما لو أصغى إليه سمع ؛ ولو دخل دارا ليس فيها غير المحلوف عليه فقال : من وضع هذا ؟ أو من أين هذا ؟ حث لأنه كلام له بطريق الاستفهام ؛ ولو قال : ليت شعري من وضع هذا ؟ لا يحث لأنه مخاطب لنفسه ، ولو كان في الدار آخر لا يحث في المستثنى (ولو كلم غيره وقصد أن يسمع لم يحث) لأنه لم يكلمه حقيقة (ولو سلم على جماعة هو فيهم حث) لأن السلام كلام للجميع (وإن نواهم دونه لم يحث) ذبانه لعدم القصد ولا يصدق قضاء ، لأن الظاهر أنه للجماعة ، والثانية لا يطلع عليها الخاتم ؛ ولو كتب إليه أو أشار أو أرسل إليه لم يحث لأنه ليس بكلام ، لأن الكلام اسم لحروف منظومة مفهومة بأصوات مسموعة ولم توجد ، ولو كان الخالف إماما فسلم والمحلوف عليه خلفه لا يحث بالتسليمتين لأنهما من أفعال الصلاة وليس بكلام ، ولو كان الخالف هو المؤتم فكذلك . وعن محمد يحث لأنه يصير خارجا عن صلاة الإمام بسلامه خلافا لهما ؛ ولو سبح به في الصلاة أو فتح عليه لم يحث وخارج الصلاة يحث ؛ ولو قرع المحلوف عليه الباب ، فقال الخالف : من هذا ؟ ذكر القدرى أنه يحث . وقال أبو الليث : إن قال بالفارسية : كيست (١) لا يحث لأنه ليس بخطاب له ، وإن قال : كي تو (٢) يحث لأنه خطاب له وهو المختار ؛ ولو قال ليلا : لا أكلم فلانا يوما فهو من حين حلف إلى غروب الشمس من الغد ، وكذلك لو قال نهارا : لا أكلمه ليلة فن حين حلف إلى طلوع الفجر من الغد ، لأن اليمين إذا تعلقت بوقت مطلق فابتدأها عقيب اليمين كالإبلاء ، ولأن كل حكم تعلق بمدة لأعلى طريق القرية اختص بعقيب السبب كالإجارة ؛ ولو حلف في بعض اليوم لا يكلمه يوما فهو على بقية اليوم والليلة إلى مثل تلك الساعة من الغد ؛ وكذلك لو حلف في بعض الليل لا يكلمه ليلة فن حين حلف إلى مثل تلك الساعة من الليلة المقبلة ، لأنه حلف على يوم منكر فلا بد من تمامه ، وذلك من اليوم الذي يليه فتدخل الليلة ضرورة تبعا ؛ ولو قال في بعض اليوم : لا أكلمه اليوم فعلى باقي اليوم ، وكذا في الليلة لأنه حلف على زمان معين فتعلق بما يبقى منه ، إذ هو المراد ظاهرا وعرفا ، لأن ما مضى منه خرج

(١) كيست معناه : من .

(٢) قوله كي تو ، مجناه : أنبت من .

حَلَفَ لَا يَكْلِمُ عَبْدَ فُلَانٍ يُعْتَبَرُ مِلْكُهُ يَوْمَ الْحَنْثِ لَا يَوْمَ الْحَلْفِ ، وَكَذَا الثَّوْبُ وَالْدَّارُ ؛ وَكَوْنُ قَالَ : عَبْدَ فُلَانٍ هَكَذَا ، أَوْ دَارَهُ هَكَذَا لَا يَحْنُثُ بَعْدَ الْبَيْعِ ، وَفِي السَّيْرِ وَالزَّوْجِ وَالزَّوْجَةِ يَحْنُثُ بَعْدَ الْمُعَادَةِ وَالْفِرَاقِ .

عن الإرادة ضرورة . قال (حلف لا يكلم عبد فلان يعتبر ملكه يوم الحنث لا يوم الحلف ، وكذا الثوب والدار) لأن اليمين عقدت على ملك مضاف إلى فلان ، فإذا وجدت الإضافة حنث وإلا فلا ، ولأن اليمين للمنع عن الحنث فيعتبر وقت الحنث (ولو قال : عبد فلان هذا أو داره هذه لا يحنث بعد البيع) لانقطاع الإضافة ولا تعادى لذاتها لسقوط عبرتها إلا أن ينوى عنها للتشاؤم على ما ورد به الحديث (١) (وفي الصديق والزوجة والزوج يحنث بعد المعادة والفرق) لأن الزوجة والصديق يقصدان بالمهجرة لأذى من جهتهما ، فكانت الإضافة للتعريف وكانت الإشارة أولى . وقال محمد : يحنث في العبد أيضا إذا كان معينا ، لأن المنع قد يكون لمينه وقد يكون لماله فيتعلق اليمين بهما ؛ وإن أطلق اليمين في الزوجة والصديق لم يحنث عند أبي حنيفة وحنث عند محمد لأن المانع أنذى من جهتهما . ولأبي حنيفة أن هذه الإضافة تحتل التعريف دون المجران ، ولهذا لم يعينه فلا يحنث ، ويحتمل المجران فيحنث ، فلا يحنث بالملك ، ولو لم يكن له امرأة ولا صديق فاستحدث ثم كلمه حنث خلافا لمحمد . حلف لا يكلمه اليوم شهرا أو اليوم سنة ، فهو على ذلك اليوم من جميع ذلك الشهر وتلك السنة ، لأن اليوم الواحد لا يكون شهرا ولا سنة ، فقلنا أن مراده أنه لا يكلمه في مثل ذلك اليوم شهرا أو سنة ؛ ولو قال : لا أكلمك يوم السبت عشرة أيام وهو في يوم السبت فهو على سبتين ، لأن يوم السبت لا يدور في عشرة أيام أكثر من مرتين ، وكذلك لا أكلمك يوم السبت يومين كان على سبتين لأن السبت لا يكون يومين فكان مراده سبتين ، وكذلك لو قال ثلاثة أيام كانت كلها يوم السبت لما بينا . حلف لا يتزوج بنت فلان فولدت له بنت أخرى لم يحنث بتزويجها ، لأن اليمين انصرفت إلى الموجود في الحال ؛ ولو قال : بنتا فلان ، أو بنتا من بنات فلان ، فعن أبي حنيفة روايتان . حلف لا يكلم إخوة فلان فهو على الموجودين وقت اليمين لا غير ، فإن كان له إخوة كثيرة لا يحنث ما لم يكلم كلهم ؛ ولو قال : لا يكلم عبيد فلان ، أو لأيركب دواب فلان ، أو لألبس ثياب فلان حنث بفعل ثلاثة مما سمي إلا إذا نوى الكل ، والفرق أن الأول إضافة تعريف فتعلقت اليمين بأعيانهم ، فما لم يكلم الكل لا يحنث ؛ وفي الثانية إضافة ملك لأنها لا تقصد بالمجران لكونها جمادا أو نخسة العبد ، وإنما المقصود المالك فتأولت اليمين أعيانا منسوبة إليه وقت

(١) قوله على ما ورد به الحديث ، هو ما تضمن « أن الشؤم في ثلاث : المرأة ،

فصل

الحين والزمان : ستة أشهر في التعريف والتذكير . والدهر : الأند ، ودهرأ
قال أبو حنيفة : لأدري ما هو ، والأيام والشهور والسنون عشرة ، وفي
المنكر ثلاثة .

الحث ، وقد ذكر النسبة يلفظ الجمع وأقله ثلاثة . وروى المثل عن أبي يوسف كل
شيء سوى نبي آدم فهو على واحد ، وإذا كانت يمينه على نبي آدم فهو على ثلاثة

فصل

(الحين والزمان : ستة أشهر في التعريف والتذكير) منقول عن ابن عباس وسعيد بن
السيب ، ولأنه الوسط بما فسر به الحين فكان أولى ؛ والزمان كالحين لأنه يستعمل استعماله
يقال : ما رأيك منذ حين ومنذ زمان بمعنى واحد ، وإن نوى شيئاً فعلى ما نوى لأنه
يحتمله ، وقيل يصدق في الحين في الوقت اليسير دون الزمان لأنه يستعمل في الحين ، قال
الله تعالى - فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون - والمراد صلاة الفجر وصلاة العصر ،
ولا عرف في الزمان . وعن أبي يوسف : لا يدين في القضاء في أقل من ستة أشهر . قال
(والدهر : الأبد) قال عليه الصلاة والسلام : لا صيام لمن صام الدهر ، يعني جميع العمر
(ودهرأ ، قال أبو حنيفة : لأدري ما هو) وعندهما هو كالزمان لأنه يستعمل استعماله .
وله أنه لا عرف فيه فيقع ، واللغات لا تعرف قياساً والدلائل فيه متعارضة فتوقف فيه .
وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أن دهرأ والدهر سواء ، وهذا عند علم النية ، وإن كان له
نية فعل ما نوى . قال (والأيام والشهور والسنون عشرة) وكلها الأزمنة . (و) الجمع
(في المنكر ثلاثة) وقالوا في الأيام سبعة ، والشهور اثنا عشر وغيرها جميع العمر ، لأن
اللام للمعهود : وهي أيام الأسبوع وشهور السنة ، ولأن الأيام تنتهي بالسبعة والأشهر
بالاثني عشر ثم تعود ، ولا معهود في غيرها فتناولت العمر . ولأن حنيفة أن الجمع
المعرف بهذا اللفظ أكثره عشرة ، وما زاد يتغير لفظه فلا يزداد على العشرة . أما المنكر
يتناول الأقل وهو ثلاثة بالإجماع ؛ وفي رواية : المبسوط عشرة عند أبي حنيفة ،
والخيار ما ذكرنا . حلف لا يكلمه إلى كذا فعل ما نوى ، فإن لم يتو فيوم واحد لأنه أقل
العدد ، وإن قال : كلنا وكلنا ولا نية له فيوم وليلة . حلف لا يكلمه إلى الحصاد فحصد
أول الناس بر ، وكذلك إلى قدوم الحاج فقدم واحد انتهت التمين . حلف لا يكلمه قريباً

حَلَفَ لَا يَأْكُلُ مِنْ هَذِهِ الْحِنْطَةِ لَا يَحْنُثُ مَا لَمْ يَقْضِهَا وَمِنْ هَذَا الدَّقِيقِ يَحْنُثُ يَحْنُثُهُ ذَوْنُ سَفَهٍ ؛ وَالْخُبْزُ مَا عَتَادَهُ أَهْلُ الْبَلَدِ ، وَالشَّوَاءُ مِنَ اللَّحْمِ ؛ وَالطَّبِيخُ مَا يُطْبَخُ مِنَ اللَّحْمِ بِالمَاءِ ، وَيَحْنُثُ يَأْكُلُ مَرَقَهُ ،

من سنة فهو على سنة أشهر ويوم ؛ ولو قال : لا يكله قريبا فهو أقل من شهر يوم ؛ ولو قال إلى بعيد فأكثر من شهر . وعن أبي يوسف هو مثل الحين ؛ وأجلا أكثر من شهر ، وعاجلا أقل من شهر لأن الشهر أدنى الأجل ؛ ولو قال بضعا فثلاثة ، لأن البضع من ثلاثة إلى تسعة فيحمل على الأقل عند عدم النية .

فصل

(حلف لا يأكل من هذه الحنطة لا يحنث ما لم يقضها) ولو أكل من خبزها أو سوفها لم يحنث ، وقالا : يحنث بالخبز للعرف . وله أن الحقيقة مستعملة فانه يقلى ويسلق ويؤكل بعده قضيا ، والحقيقة المستعملة قاضية على المجاز . قال (ومن هذا الدقيق يحنث بخبزه دون سفه) لأنه غير معتاد فانصرف إلى ما يتخذ منه وهو الخبز ؛ وكذا إن أكل من عصيدته أو اتخذها خبيصا أو قطايف حنث ، إلا إذا نوى أكل عينه لأنه نوى حقيقة كلامه ، وكذلك ما لا يؤكل عادة تقع اليمين على ما يتخذ منه ، لأن المجاز المتعارف راجع على الحقيقة المهجورة . قال (والخبز ما اعتاده أهل البلد) لأن اليمين مبناه على العادة ، والمنع إنما يقع على المعتاد ليتحقق معنى اليمين ، ولو حلف لا يأكل خبزا فأكل ثريدا . قال أبو الليث : لا يحنث للعرف والطعام حقيقة ما يطعم ويؤكل ، وفي العرف يختص ببعض الأشياء ، ألا ترى أن الأدوية لا تسمى طعاما ، وإن كانت تؤكل ويتغذى بها كعجون الورد ونحوه ؛ والخل والزيت والملح طعام لحرمان العادة بأكله مع الخبز إداما له ، والنبيذ شراب عند أبي يوسف طعام عند محمد ، والفاكهة طعام . حلف لا يشتري طعاما لا يحنث إلا بشراء الحنطة والدقيق والخبز استحسانا للعرف ، وفي عرفنا يحنث بالشعير والذرة ونحوها أيضا . قال (والشواء من اللحم) خاصة لأنه المتعارف عند الإطلاق ، ألا ترى أن الشواء اسم لبائع المشوى من اللحم دون غيره ، ويصح قولهم : لم يأكل الشواء وإن أكل الباذنجان والسلمك المشوى وغيره ما لم يأكل الشواء من اللحم ، وإن نوى كل شيء يشوى صحت نيته وهو القياس ، لأن الشواء ما يجعل في النار ليسهل أكله وهو موجود في كل شيء إلا أن العرف اختص باللحم على ما بينا . قال (والطبخ ما يطبخ من اللحم بالماء) للعرف ، وإن نوى كل ما يطبخ صدق لأنه شدد على نفسه (ويحنث بأكل مرقه) لأن فيه أجزاء اللحم ؛ وفي النوادر : حلف لا يأكل طيخا فأكل قلبية يابسة لامرق فيها لا يحنث ،

وَالرَّءُوسُ : مَا يَكْتَسِبُ فِي التَّنَائِيرِ وَيَبَاعُ فِي السُّوقِ ، وَالرُّطْبُ وَالْعِنَبُ وَالزَّمَانُ
وَالْخِيَارُ وَالْقِثَاءُ لَيْسَ بِفَاكِهَةٍ ،

لأنه بدون المرق لا يسمى طبيخا ، فانه يقال لحم مقلى ولا يقال مطبوخ إلا لما طبخ في الماء .
ولو أكل ممكا مطبوخا لم يحنث ، لأن الاسم لا يقتضيه عند الإطلاق . وعن ابن سماعة :
الطبيخ يكون على الشحم ، فان طبخ عدسا أو أرزا بودك فهو طبيخ ، وإن كان بسمن
أو زيت فليس بطبيخ ، والمعتبر العرف ، والطابع : هو الذي يوقد النار دون الذي ينصب
القدر ويصب الماء واللحم وحواشي فيه ؛ والحائز : الذي يضرب الخبز في التَّنُور دون
من عجنه وبسطه . ولو حلف لا يأكل من طبيخ فلان فطبخ هو وآخر وأكل الحالف منه
حنث ، لأن كل جزء منه يسمى طبيخا ، وكذلك من خبز فلان فخبز هو وآخر ، وكذلك
من رمان اشتراه فلان فاشترى هو وآخر ؛ وكذا لا لبس من نسج فلان فنسج هو وآخر ؛
ولو قال : من قدر طبخها فلان فأكل ما طبخه لم يحنث ، لأن كل جزء من القدر ليس
بقدر ، وكذلك من قرص يجزئه فلان ، أو رمانة يشتريها فلان ، أو ثوبا ينسجه فلان
لما بينا ؛ ولو حلف لا يلبس ثوبا من غزل فلانة ، فلا بد أن يكون جميعه من غزلها ،
حتى لو كان فيه جزء من ألف جزء من غزل غيرها لم يحنث ، رواه هشام عن محمد .
حلف لا يأكل من هذا الطعام ما دام في ملكه ، فباع بعضه وأكل الباقي لا يحنث ، ذكره
الحسن . حلف لا يأكل من مال فلان فتناهد (١) وأكل لا يحنث لأنه أكل مال نفسه عرفا
رواه المنع عن أبي يوسف . حلف لا يأكل من فلان وبينهما دراهم فأخذ منها درهما
فاشترى به شيئا وأكل لم يحنث . حلف لا يأكل من طعام شريكه فأكل من طعام مشترك
بينهما لم يحنث ، لأنه إنما أكل حصته ؛ ألا ترى أن له أن يأخذه من حصته . قال (والرموس
ما يكبس في التناير ويباع في السوق) جريا على العرف . وعن أبي حنيفة أنه يدخل
في البين رموس البقر والجزور ، وعندهما يختص برموس الغنم وهو اختلاف عادة وعصر .
قال (والرطب والعنب والرمان والخيار والقثاء ليس بفاكهة) وقالوا : الرطب والرمان والعنب
فاكهة ، لأنه يتفكه بها عادة كسائر الفاكهة حتى يسمى بائعها فاكهائي ، ولأبي حنيفة
قوله تعالى - فيها فاكهة ونخل ورمان - . ولذلك عطف الفاكهة على العنب في آية أخرى (٢)
والعطوف يتاير العطوف عليه لغة ، ولأنه ذكر في معرض الامتنان والكريم الحكيم
لا يبعد المنة بالشيء مرتين ، ولأن الفاكهة ما يتفكه به قبل الطعام . وبعده ،
ويتفكه برطبه ويأبسه دون الشيع ، والعنب والرطب يستعملان للغذاء والشيع ، والرمان

(١) قال في المنجد : تناهد القوم : أخرج كل منهم نفقة بقدر نفقة صاحبه ليشتروا
بها طعاما يشتركون في أكله . (٢) في سورة عبس .

وَالْإِدَامُ مَا يُصْنَعُ بِهِ : كَالْخَلِّ وَالزَّيْتِ وَالْمِلْحِ ،

يستعمل للأدوية فكان معنى الفاكهة قترها عنها ، فلا يتناولها الاسم عند الإطلاق حتى لو نواها صحت نيته لأنه تشديد عليه ، والتمر والزبيب وحبة الرمان إدام وليس بفاكهة بالإجماع ، والتفاح والسفرجل والكثري والإجاص والمشمش والخوخ والتين فاكهة لأنها تؤكل للتفكه دون الشبع ، والبطيخ فاكهة ، واليابس من أثمار الشجر فاكهة ، ويابس البطيخ ليس بفاكهة لأنه غير معتاد ، والقثاء والخيار والجوز والباقلاء (١) الرطب يقول . قال محمد : التوت فاكهة لأنه يستعمل استعمال الفاكهة . قال محمد : قصب السكر والبسر الأحمر فاكهة ، والجوز في عرفنا ليس بفاكهة لأنه لا يتفكه به . وروى المولى عن محمد : الجوز اليابس ليس بفاكهة لأنه يؤكل مع الخبز غالباً ، فأما رطبه لا يؤكل إلا للتفكه . وعن أبي يوسف : اللوز والعناب فاكهة ، رطبه من الفاكهة الرطبة ، ويابس من يابسها ، وعن محمد : لو حلف لا يأكل فاكهة العام أو من ثمرة العام إن كان زمان الرطبة فهي على الرطبة ، ولا يحث بأكل اليابس ، وإن كان في غير زمانها فهي على اليابس للتعرف ، وكان ينبغي أن يحث باليابس والرطب إذا كان في زمان الرطبة ، لأن اسم الفاكهة يتناولها إلا أنه استحسن ذلك ، لأن العادة في قولهم فاكهة العام إذا كان زمان الرطبة يريدونها دون اليابس ، فإذا لم تكن رطبة تعينت اليابسة فحملت عليه . قال (والإدام ما يصطليح به كالخلل والزيت والملح) ولأصله من المؤامدة وهي الموافقة وهي بالملازمة فيصيران كشيء واحد ، أما المحاورة فليست بموافقة حقيقة ، يقال : وأدم الله بينكما : أى وفق بينكما ، قال عليه الصلاة والسلام للمغيرة (٢) وقد تزوج امرأة « لوفنرت إليها كان أخرى أن يؤدم بينكما » فكل ما احتاج في أكله إلى موافقة غيره فهو إدام ، وما أمكن إفراذه بالأكل فليس بإدام ؛ وإن أكل مع الخبز كما لو أكل الخبز مع الخبز ، فاخلل والزيت واللبن والعسل والمرق إدام لما بيننا ، وكذلك الملح لأنه لا يؤكل منفرداً ولأنه يذوب فيختلط بالخبز ويصير تبعا ، واللحم والشواء والبيض والجبن ليس بإدام لأنها تفرد بالأكل ولا تمتزج بالخبز . وعن محمد : كل ما يؤكل بالخبز عادة فهو إدام ، وهو المختار عملاً بالعرف . وعن أبي يوسف : الجوز اليابس إدام . وقال محمد وهو رواية عن أبي يوسف : التمر والجوز والعنب والبطيخ والبقول وسائر التواكه ليس بإدام ، لأنها

(١) قوله والباقلاء ، قال في مختار الصحاح : والباقل إذا شددت اللام قصرت ،

وإذا خفت مددت . وقال في المنجد : الباقلاء والباقل ، وباقلى القول .

(٢) لفظ حديث المغيرة كما ذكره صاحب سبل السلام مروياً عن الترمذى والنسائي

أنه قال « انظر إليها فإنه أخرى أن يؤدم بينكما » .

وَالْعَدَاءُ : مِنْ طُلُوعِ الْفَجْرِ إِلَى الظُّهْرِ ، وَالْعَشَاءُ : مِنْ الظُّهْرِ إِلَى نِصْفِ اللَّيْلِ ، وَالسَّحُورُ : مِنْ نِصْفِ اللَّيْلِ إِلَى طُلُوعِ الْفَجْرِ ، وَالشَّرْبُ مِنَ النَّهْرِ : الْكَرْعُ مِنْهُ .

تفرد بالأكل ولا تكون تبعاً للخبز حتى لو كان موضعاً تؤكل تبعاً للخبز معتاداً يكون إداماً عندهم اعتباراً للعرف وهو الأصل في الباب . قال (والغداء من طلوع الفجر إلى الظهر) لأنه عبارة عن أكل الغلوة ، وما بعد نصف النهار لا يكون غلوة (والعشاء : من الظهر إلى نصف الليل) لأنه مأخوذ من أكل العشاء وأوله بعد الزوال . وروى « أنه صلى الله عليه وسلم صلى إحدى صلاتي العشاء ركعتين » يريد به الظهر أو العصر (والسحور : من نصف الليل إلى طلوع الفجر) لأنه مأخوذ من السحر فينتقل إلى ما يقرب منه ، ثم الغداء والعشاء عبارة عن الأكل الذي يقصد به الشبع عادة ، فلو أكل لقمة أو لقمتين فليس بشيء حتى يزيد على نصف الشبع فإنه يقال لم أتغدّ وإنما أكلت لقمة أو لقمتين ، ويعتبر في كل بلدة عاداتهم ؛ فلو حلف لا يتغدى فشرّب اللبن إن كان حضرياً لا يحنث ، وإن كان بدويّاً يحنث اعتباراً للعادة . قال الكرخي : إذا حلف لا يتغدى فأكل تمرّاً أو أرزاً أو غيره حتى شبع لا يحنث ، ولا يكون غداءً حتى يأكل الخبز ، وكذلك إن أكل لحماً بغير خبز اعتباراً للعرف . قال (والشرب من النهر الكرْع منه) فلو حلف لا يشرب من دجلة أو من الفرات لا يحنث حتى يكرع منها كرعاً يباشر الماء بفيه ، فإن شرب منه بيده أو بئانه لم يحنث ، وقالوا : يحنث في جميع ذلك . أصله أنه متى كان لليمين حقيقة مستعملة ومجاز مستعمل ، فعند أبي حنيفة : العبارة للحقيقة خاصة لأنه لا يجوز إهدار الحقيقة إلا عند الضرورة ، وذلك بأن تكون مهجورة مهملة كما قلنا في سبب الدقيق . وعندهما العبارة للمجاز والحقيقة جمعا لمكان الاستعمال والعرف ؛ فأبو حنيفة يقول : الكرْع حقيقة مستعملة ، ولهذا يحنث به بالإجماع ، وهما يقولان : استعمال المجاز أكثر فيعتبر أيضاً ، لأن الكرْع إنما يستعمل عادة عند عدم الأواني فيعتبر كل واحد منهما . ومن أصحابنا من قال : إن أبا حنيفة شاهد العرب بالكوفة يكرعون ظاهراً معتاداً فحمل اليمين عليه ، وهما شاهدا الناس بعد ذلك لا يفعلونه إلا نادراً فلم يخصّ اليمين به ؛ ولو شرب من نهر يأخذ من دجلة أو من الفرات لم يحنث بالإجماع ، لأن الإضافة قد زالت بالانتقال إلى غيره ، فصار كما إذا حلف لا يشرب من هذا الكوز فصبّ في كوز آخر ، وهذه المسألة تشهد لأبي حنيفة لاختصاص اليمين عندهم بدجلة دون ما انتقل إليه ماؤها وهذا إذا لم يذكر الماء ، وأما إذا قال : من ماء دجلة فانه يحنث بالكرع وبالإناء والغرف ومن نهر آخر ،

وَلَوْ حَلَفَ لَا يَشْرَبُ مِنَ الْحَبِّ أَوْ الْبُرِّ يَحْتَبُ بِالْإِنَاءِ ، وَالسَّمَكُ وَالْأَلْيَةُ
لَيْسَا بِلَحْمٍ ، وَالكَرْشُ وَالْكَبِدُ وَالرِّفَةُ وَالْفَوَادُ وَالْكَلْبِيَّةُ وَالرَّأْسُ وَالْأَكَارِعُ
وَالْأَمْعَاءُ وَالطَّحَالُ لَحْمٌ ، وَالشَّحْمُ شَحْمُ الْبَطْنِ .

لأن اليمين عقدت على الماء دون النهر وقد وجد . قال (ولو حلف لا يشرب من الحب
أو البئر يحث بالإناء) وهذا في البئر ظاهر لأنه لا يمكن الشرب منها إلا بإناء حتى قالوا :
لو نزل البئر وكرع لا يحث ، لأن الحقيقة والحجاز لا يجتمعان تحت لفظ واحد والحقيقة
مهجورة ، وأما الحب إن كان ملأنا يمكن الشرب منه لا يحث بالاعتراف والإناء لتعنيه .
ولو حلف لا يشرب من هذا الإناء فهو عن الشرب بعينه لأنه المتعارف فيه . قال (والسماك
والألية ليسا بلحم) فإن حلف لا يأكل لحما فأى لحم أكل من جميع الحيوان غير السمك
حلت سواء أكله طهيخا أو مشويا أو قديدا وسواء كان حلالا أو حراما : كالميتة ولحم
الخنزير والآدى ، ومتروك التسمية وذبيحة الجوسى وصيد الحرم ، لأن اسم اللحم يتناول
الجميع ، ولا يختلف باختلاف صفة اللحم وصفة الذابح . فأما السمك وما يعيش في الماء
لا يحث به لأنه لا يدخل تحت إطلاق اسم اللحم ، ألا ترى أنهم يقولون : ما أكلت لحما
وقد أكل السمك ، والمعتبر في ذلك الحقيقة دون لفظ القرآن ، ألا ترى أنه لو حلف
لا يركب دابة فركب كافرا لا يحث وإن سماه الله تعالى دابة في قوله - إن شر الدواب عند
الله الذين كفروا - وكذا لو خرب بيت العنكبوت لا يحث في يمينه لا يخرب بيتا ، وكذا
لا يحث بالقعود في الشمس لو حلف لا يقعد في السراج إلى غير ذلك ، وإنما المعتبر في ذلك
المتعارف ، وكذلك الألية وشحم البطن ليسا بلحم لأنهما لا يستعملان استعمال اللحم
ولا يتخذ منهما ما يتخذ من اللحم ولا يسميان لحما عرفا ، وإن نواه أو نوى السمك يحث
لأنه تشديد على نفسه . قال (والكرش والكبد والرئة والفواد والكلية والرأس والأكارع
والأمعاء والطحال لحم) لأنها تباع مع اللحم ، وهذا في عرفهم على ما رواه أبو حنيفة
في زمنه بالكوفة . وأما البلاد التي لاتباع فيها مع اللحم فلا يحث اعتبارا للعرف في كل
بلدة وكل زمان . وأما شحم الظهر فهو لحم ، ويقال له لحم سمين ، ويستعمل فيها
يستعمل فيه اللحم . قال (والشحم شحم البطن) فلو حلف لا يأكل شحما فأكل شحم
الظهر لا يحث لأنه من اللحم ويقال له لحم سمين كما قدمنا ، وقالوا : يحث لأن اسم
الشحم يتناوله وهذا في عرفهم ، وفي عرفنا : اسم الشحم لا يقع على شحم الظهر بحال :
وعن محمد فيمن أمر غيره أن يشتري له شحما فاشترى شحم الظهر لا يلزم الأمر ، وهذا
يؤيد مذهب أبي حنيفة أن مطلق اسم الشحم لا يتناوله . حلف لا يأكل لحم شاة فأكل لحم

حَلَفَ لَا يَأْكُلُ مِنْ هَذَا الْبُسْرِ فَأَكَلَهُ رُطْبًا لَمْ يَحْنَثْ ، وَكَذَا الرُّطْبُ إِذَا صَارَ تَمْرًا وَاللَّيْنُ شِيرَازًا . حَلَفَ لَا يَأْكُلُ مِنْ هَذَا الْحَمَلِ قَصَارًا كَبِشًا فَأَكَلَهُ حَنْثٌ . حَلَفَ لَا يَأْكُلُ مِنْ هَذِهِ النَّخْلَةِ فَهُوَ عَلَى تَمَرِهَا وَدُبْسِهَا غَيْرِ الْمَطْبُوخِ ، وَمِنْ هَذِهِ الشَّاةِ فَعَلَى اللَّحْمِ وَاللَّيْنِ وَالزُّبْدِ ، وَلَا يَدْخُلُ بَيْضُ السَّمَكِ فِي الْبَيْضِ ، وَالشَّرَاءُ كَالْأَكْلِ .

عز حنث ، لأن اسم الشاة يتناول العنز وغيره . وذكر الفقيه أبو الليث أنه لا يحنث لأن العنز يفرق بينهما وهو المختار ؛ وكذا لا يدخل لحم الجاموس في عين البقر . قال (حلف لا يأكل من هذا البسر فأكله رطبا لم يحنث ، وكذا الرطب إذا صار تمرا واللين شيرازا) لأن هذه الصفات داعية إلى العين فتقيد به ، أو نقول : اللين ما يؤكل عينه فلا ينصرف إلى ما يتخذ منه . قال (حلف لا يأكل من هذا الحمل فصار كبشا فأكله حنث) لأن صفة العملية ليست داعية إلى العين ، لأن الامتناع عن لحمه أقل من الامتناع عن لحم الكبش ، وإذا امتنع أن تكون صفة داعية تعينت الذات وأنها موجودة . قال (حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرتها ودبسها غير المطبوخ) يقال له سيلان ، لأنه أضاف العين إلى ما لا يؤكل فينصرف إلى ما يخرج منه لأنه سبب له فيصلح مجازا ، ويحنث بالجمار لأنه منها ولا يحنث بما يتغير بالصنعة : كالزبد والخل والدبس المطبوخ لأنه ليس بخارج منها حقيقة ، فإن الخارج منها ما يوجد كذلك متصلا بها ، بخلاف غير المطبوخ وعصير العنب لأنه كذلك متصل بها إلا أنه منكم فزال الانكتمان بالعصير ؛ ولو أكل من عين النخلة لا يحنث لأنها حقيقة مهمجرة . (و) لو حلف لا يأكل (من هذه الشاة فعلى اللحم واللين والزبد) لما مر ، وفي الاستحسان على اللحم خاصة ، لأن عين الشاة مأكول فانصرفت العين إلى اللحم خاصة ، ولا يحنث باللين والزبد والسمن . قال (ولا يدخل بيض السمك في البيض) للعرف ، فإن اسم البيض عرفا يتناول بيض الطير كالديك والاوز بما له قشر ، فلا يدخل بيض السمك إلا بنية لأنه بيض حقيقة وفيه تشديد على نفسه (والشرء كالأكل) فالعين على الشرء كالعين على الأكل . حلف لا يأكل حراما فاضطر إلى الميتة والحمر فأكل ، روى عن أبي يوسف أنه يحنث لأنه حرام ، إلا أنه مرفوع الإثم عن المضطر كفعل الصبي والمعنوه ، والحرام لا يوصف بأنه حلال لهما وإن وضع الإثم عنهما . وروى عنه أنه لا يحنث . وعن محمد ما يدل عليه فإنه قال في الإكراه : إن الله تعالى أحل الميتة حالة الضرورة ، فإذا امتنع عن الأكل حالة الإكراه أثم ، ولو أكل طعاما مفصوبا حنث ، ولو اشترى بلدهم مفصوب لا يحنث .

حلفَ لَيَصْعَدَنَّ السَّمَاءَ أَوْ لَيَطِيرَنَّ فِي الْمَوَاءِ انْتَعَدَتْ بِمِثْنِهِ وَحَنَثَ الْحَالُ .
حلفَ لَيَأْتِيَنَّهُ إِنْ اسْتَطَاعَ فَهِيَ عَلَى اسْتَطَاعَةِ الصَّحَّةِ . حلفَ لَيَأْتِيَنَّهُ فَلَمْ
يَأْتِهِ حَتَّى مَاتَ حَنَثَ فِي آخِرِ حَيَاتِهِ ؛

فصل

(حلف ليصعدن السماء أو ليطيرن في الهواء انتعدت بميته وحنث الحال) وقال زفر :
لا ينعقد لأنه مستحيل عادة فصار كالمستحيل حقيقة . ولنا أن الميثن عقد من العقود فتنعقد
إذا كان المقود عليه موجودا أو متوفا ، وإذا لم يكن موجودا ولا متوفا لم ينعقد ،
ألا ترى أن يبيع الأعيان المباعة منعقد ، لأن المقود عليه موجود ، وبيع المدبر منعقد لأنه
متوفا دخوله تحت العقد بالحكم وإن كان بغير فعل العاقد ، وبيع الحر ليس بمنعقد لأنه
غير داخل في العقد ولا متوفا الدخول فكل ذلك الميثن ينعقد على الفعل المقتدر والمروم
ولا ينعقد على غير المقتدر والمروم ، وما نحن فيه مقتدر موهوم يدخل تحت قدرة قادر ،
ألا ترى أن من الأنبياء صلوات الله عليهم من صعد السماء والملائكة يصعدون في كل وقت
وينزلون ، وإذا كان متوفا انتعدت الميثن ثم يحنث في الحال حكما للعجز الثابت عادة
كوت الحالف ، وعلى هذا الأصل تخرج مسائل كثيرة من هذا الجنس لمن يتأملها . قال
(حلف ليايته إن استطاع فهي على استطاعة الصحة) معناه : إذا لم يعرض له أمر يمنعه
من مرض أو سلطان أو نحوه ولم يأت حنث ، لأن الاستطاعة في العرف الاستطاعة من حيث
سلامة الآلة وعدم الموانع ، وإن عين استطاعة القضاء والقدر صدق ديانة لأنه خلاف
الظاهر ، وفي رواية تصح قضاء أيضا لأنه حقيقة ، لأن الاستطاعة الآلية تقوم بالاستطاعة
التقديرية على المذهب الصحيح . قال (حلف ليايته فلم يأت حنث) مات حنث في آخر
حياته) لأن الحنث إنما يتحقق بالموت إذ البرّ مرجو قبله . حلف ليايته فهو على أن يأتي
منزله أو حانوته لقيه أو لم يلقه ، لأن الإتيان الوصول إلى مكانه دون ملاقاته ، وعن محمد :
لأوفائك غدا فهو على اللقاء ، فإن أتاه فلم يلقه حنث . حلف لآتائي زوجته العرس
فذهبت قبل العرس وأقامت حتى مضى العرس لا يحنث ، لأن العرس أنها لا آتته . وعن
محمد : لأعودن فلانا غدا فعاده ولم يؤذن له برّ ، وكذلك الإتيان إذا أتاه فلم يؤذن له .
حلف لآتذهب زوجته إلى بيت والدها فذهبت إلى باب الدار ولم تدخل لم يحنث . وعن
أبي يوسف : حلف لأرافق فلانا فهو على الاجتماع في الطعام أو شيء يجتمعان عليه بأن
كان مقامهما في مكان واحد ، وإن كانا في سفينة وطعامهما ليس بمجتمع ولا بآكلان
على غوان واحد فليس بمراقة . وعن محمد : إن كان معه في محل أو كان كراهما واحدا

وَلَوْ قَالَ : إِنْ أَكَلْتُ ، أَوْ شَرِبْتُ ، أَوْ لَيْسَتْ ، أَوْ كَلَّمْتُ ، أَوْ تَزَوَّجْتُ ، أَوْ خَرَجْتُ وَتَوَى شَيْئًا بَعَيْنِهِ لَمْ يُصَدَّقْ ؛ وَلَوْ قَالَ : إِنْ أَكَلْتُ طَعَامًا ، أَوْ شَرِبْتُ شَرَابًا ، أَوْ لَيْسَتْ ثَوْبًا ، وَنَحْوَ ذَلِكَ وَتَوَى شَيْئًا دُونَ شَيْءٍ صَدَّقَ دِيَانَةً خَاصَةً ، وَالرَّيْحَانُ اسْمٌ لِمَا لَسَاقَ لَهُ فَلَا يَحْتَسِبُ بِالْيَاسَمِينِ وَالْوَرْدِ . وَالْوَرْدُ وَالْبَنْفَسِجُ هُوَ الْوَرَقُ . وَالْحَاتَمُ النُّقْرَةُ لَيْسَ بِحُلِيِّ ، وَالذَّهَبُ حُلِيٌّ ،

أَوْ قَطَارِمَا وَاحِدًا فَهِيَ مِرَاقَةٌ ، وَإِنْ كَانَ كَرَاهِمَا مُخْتَلَفًا وَالْمَسِيرُ وَاحِدٌ فَلَيْسَ بِمِرَاقَةٍ . قَالَ (وَلَوْ قَالَ : إِنْ أَكَلْتُ أَوْ شَرِبْتُ ، أَوْ لَيْسَتْ أَوْ كَلَّمْتُ أَوْ تَزَوَّجْتُ أَوْ خَرَجْتُ وَتَوَى شَيْئًا بَعَيْنِهِ لَمْ يُصَدَّقْ ؛ وَلَوْ قَالَ : إِنْ أَكَلْتُ طَعَامًا أَوْ شَرِبْتُ شَرَابًا أَوْ لَيْسَتْ ثَوْبًا وَنَحْوَ ذَلِكَ وَتَوَى شَيْئًا دُونَ شَيْءٍ صَدَّقَ دِيَانَةً خَاصَةً) وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ مَنْ ذَكَرَ لَفْظًا عَامًا وَتَوَى تَخْصِصَ مَا فِي لَفْظِهِ صَدَّقَ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى وَلَمْ يُصَدَّقْ فِي الْقَضَاءِ ، لِأَنَّ الْمُتَكَلِّمَ بِالْعُمُومِ قَدْ يَرِيدُ الْخُصُوصَ ، فَإِذَا نَوَى صَارَتْ نِيَّتُهُ دَلَالَةً عَلَى التَّخْصِصِ كَالدَّلَالَةِ الشَّرْعِيَّةِ عَلَى تَخْصِصِ الْعُمُومِ ، إِلَّا أَنَّ الظَّاهِرَ مِنَ اللَّفْظِ الْعُمُومِ فَلَا يُصَدَّقُ فِي الْقَضَاءِ لِأَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ ، فَأَمَّا إِذَا نَوَى تَخْصِصَ مَا لَيْسَ فِي لَفْظِهِ لَا يُصَدَّقُ أَصْلًا ، لِأَنَّ الْخُصُوصَ يَتَّبِعُ الْأَلْفَافَ دُونَ الْمَعَانِي ، فَمَا لَيْسَ فِي لَفْظِهِ لَا يُصَحِّحُ تَخْصِصَهُ ، فَنَفِيَ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ الطَّعَامِ وَالثَّوْبِ وَنَحْوِهَا لَيْسَ مَذْكُورًا فَقَدْ نَوَى تَخْصِصَ مَا لَيْسَ فِي لَفْظِهِ فَلَا يُصَدَّقُ ، الْفَصْلُ الثَّانِي : إِذَا قَالَ : عَنِيتُ الْخِيزَ أَوْ اللَّحْمَ فَقَدْ نَوَى تَخْصِصَ مَا فِي لَفْظِهِ فَيُصَدَّقُ دِيَانَةً لِقَضَاءِ مَا بَيْنَنَا ؛ وَلَوْ قَالَ : لَا أَشْرَبُ الْمَاءَ وَلَا أَتَزَوِّجُ النِّسَاءَ حَتَّى يَشْرَبَ قَطْرَةً مِنَ الْمَاءِ وَتَزَوِّجَ امْرَأَةً وَاحِدَةً لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ اسْتِيعَابُ الْجَنَسِ فَيَحْمَلُ عَلَى الْأَدْنَى ، وَلَوْ نَوَى الْجَنَسَ صَدَّقَ لِأَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةَ كَلَامِهِ وَإِنْ كَانَ خِلَافَ الظَّاهِرِ ، لِأَنَّ الْحَقِيقَةَ أَحَدُ الظَّاهِرَيْنِ فَيُصَدَّقُ فِيهَا إِذَا نَوَاهَا . قَالَ (وَالرَّيْحَانُ اسْمٌ لِمَا لَسَاقَ لَهُ) لَغَةً (فَلَا يَحْتَسِبُ بِالْيَاسَمِينِ وَالْوَرْدِ) وَقِيلَ يَحْتَسِبُ فِي عَرَفْنَا ، فَإِنَّ الرِّيحَانَ اسْمٌ لِمَا لَهُ رَائِحَةُ طَيِّبَةٍ مِنَ النَّبَاتِ عَرَفْنَا فَيَحْتَسِبُ بِهِمَا وَبِالشَّاهِسْبَرِ (١) ، وَالْعَنْبَرُ وَالْأَمْسُ لَا يُسَمَّى رِيحَانًا عَرَفْنَا . قَالَ (وَالْوَرْدُ وَالْبَنْفَسِجُ هُوَ الْوَرَقُ) عَرَفْنَا ، وَأَهْمَابُنَا قَالُوا : لَوْ حَلَفَ لَا يَشْتَرِي بِنَفْسِجَا فَاشْتَرَى دَهْنَهُ حَتَّى ، وَلَوْ اشْتَرَى وَرْدَهُ لَا يَحْتَسِبُ ، وَكَذَا كَانَ عَرَفَ أَهْلَ الْكُوفَةِ ، أَمَا عَرَفْنَا فَكَمَا ذَكَرْتُ ؛ وَلَوْ حَلَفَ لَا يَشْتَرِي طَيِّبًا فَدَهْنُ حَلِيتِهِ بَدَهْنُ طَيِّبٍ لَا يَحْتَسِبُ لِأَنَّهُ لَا يَعْدُ شَيْءًا عَرَفْنَا . قَالَ (وَالْحَاتَمُ النُّقْرَةُ (٢) لَيْسَ بِحُلِيٍّ ، وَالذَّهَبُ حُلِيٌّ) فَلَوْ حَلَفَ لَا يَلْبِسُ حُلِيًّا لَا يَحْتَسِبُ بِحَاتَمِ النُّقْرَةِ ، لِأَنَّ النُّقْرَةَ

(١) سَأَلْتُ بَعْضَ طُلُبَةِ الْأَثَرِ فِي الْأَزْهَرِ ، فَقَالُوا يَجِدُ فِي لُغَتِهِمْ شَاهِسْبَرٌ . الشَّاهُ سِيرٌ غَمٌّ وَمَعْنَى شَاهٍ : مَلِكٌ أَوْ سُلْطَانٌ ، وَمَعْنَى سِيرٌ غَمٌّ : الرِّيحَانُ ، وَمَعْنَاهَا بِالْعَرَبِيَّةِ : الرِّيحَانُ السُّلْطَانِي . (٢) النُّقْرَةُ ، الْمُرَادُ بِهَا : الْفُضَّةُ .

وَالْعِقْدُ اللَّؤْلُؤُ أَيَسَ بِحُلِيِّ حَتَّى يَكُونَ مُرْصَعًا . حَلَفَ لَا يَتَّامُ عَلَى فِرَاشٍ
فَجَعَلَ عَلَيْهِ فِرَاشًا آخَرَ وَتَامَ لَمْ يَحْنَثْ ، وَإِنْ جَعَلَ قِرَامًا فَتَامَ حَنِثَ ،
وَالضَرْبُ وَالْكَلَامُ وَالْكِسْوَةُ وَالِدُخُولُ عَلَيْهِ يَتَّقِدُّ بِمَالِ الْحَيَاةِ .

تلبس لإقامة السنة وللحتم للآثرين ، والحلى ما يزين به ، ولا كذلك الذهب فانه يزين
به ، ولو كان الخاتم مما يلبسه النساء من الحجر أو الفضة قيل يحنث لأنه للزينة ، وقيل
لا يحنث لأنه يحل للرجال ولا يحل لهم التزين بالحلى . قال (والعقد اللؤلؤ ليس بحلى
حتى يكون مرصعا) والمعنى في اليمين العرف للحقيقة ، ولفظ القرآن كما تقدم . وقال
أبو يوسف ومحمد : هو حلى وإن لم يكن مرصعا لأنه حلى حقيقة بدليل تسمية القرآن
«عليه الفتوى» لأنه صار معتادا فهو اختلاف عادة وزمان ، فعلى قول أبي حنيفة ينبغي أن
يجوز للرجل لبس العقد الغير المرصع لأنه ليس بحلى ؛ ولو علقت المرأة في عنقها ذهباً
غير مصنوع لا يحنث ، والمنطقة المقضضة والسيف المحلى ليس بحلى لما مر . قال (حلف
لإتتام على فراش فجعل عليه فراشا آخر ونام لم يحنث ، وإن جعل عليه قراما (١) فنام
حنث) لأن القرام تبع للفراش ، ألا ترى أنه لو كان القرام ثوبا طبريا والفراش ديباجا ، يقال
نام على فراش ديباج ، ولو كان الأعلى ديباجا والأسفل خزا يقال : نام على الديباج . وعن
أبي يوسف في الأمالي أنه يحنث في الفراش أيضا لأنه نائم على الفراشين حقيقة ، وصار كما إذا
حلف لا يكلم رجلا فكلمه وآخر بخطاب واحد . جوابه أن الشيء لا يستتبع مثله ، وفي العرف
لا ينسب إلا إلى الأعلى ، وفي الكلام هو مخاطب لكل واحد منهما حقيقة وعرضا وشرعا
والسرير والدكان والسطح كالقراش إن جعل عليه سريرا آخر وبنى على السطح سطحا آخر
فنام على الأعلى لا يحنث لما بينا ؛ وإن جعل على السرير أو السطح أو الدكان بساطا أو فراشا
أو نحوه ونام عليه حنث لأنه بعد نائما على السطح والسرير والدكان ، ومتى جلس على
ما يحول بينه وبين الأرض فليس بمجالس عليها لأنه لا يسمى جالسا على الأرض إلا أن
يجلس على ثيابه فتحول بينه وبين الأرض لأنها تبع له فلا يعد حائلا ، ولهذا يقال هو
جالس على الأرض . قال (والضرب والكلام والكسوة والدخول عليه بتقيد بمال الحياة)
لأن الضرب هو الفعل المؤلم ولا يتحقق في الميت والمراد ، بالكلام الإفهام وأنه يحنث
بالحى ، والمراد بالكسوة عند الإطلاق التملك كما في الكفارة ولا تملك من الميت ، وإن
نوى به السر صرح لأنه محتمل كلامه ، وأما الدخول عليه فلا يرد به الزيارة عرفا
في موضع يجلس فيه الزيارة والتعظيم حتى لو لم يقصده بالدخول بأن دخل على غيره

حَلَفَ لَيَضْرِبَنَّهُ حَتَّى يَمُوتَ أَوْ حَتَّى يَقْتُلَهُ فَهُوَ عَلَى أَشَدِّ الضَّرْبِ . حَلَفَ
لَا يَضْرِبُ امْرَأَتَهُ فَخَنَقَهَا أَوْ مَدَّ شَعْرَهَا أَوْ عَصَفَهَا حَنْثٌ .
حَلَفَ لَا يَصُومُ فَنَوَى وَصَامَ سَاعَةً حَنْثٌ ، وَإِنْ قَالَ صَوْمًا كَمْ يَحْنُثُ إِلَّا
بِتَامِ الْيَوْمِ . حَلَفَ لَا يَتَصَلَّى فَقَامَ وَقَرَأَ وَرَكَعَ كَمْ يَحْنُثُ مَا كَمْ يَسْجُدُ ، وَكَو
قَالَ : صَلَاةٌ كَمْ يَحْنُثُ إِلَّا بِتَامِ رُكْعَتَيْنِ . وَمَنْ قَالَ لَا مَيْتَةَ : إِنْ وَلَدَتْ
وَكَلَدًا فَانْتِ حُرَّةٌ فَوَكَدَتْ وَكَلَدًا مَيْتًا عَنَقَتْ ، وَكَذَلِكَ الطَّلَاقُ ،

أو لحاجة أخرى ، أو دخل عليه في موضع لا يجلس فيه للزيارة لا يكون دخولاً عليه ،
ولو دخل عليه في المسجد والظلة والذهليز لا يكون دخولاً عليه إلا إن اعتادوا الجلوس فيه
للزيارة . وذكر الكرخي عن ابن سماعة ضد هذا فقال : لو حلف لا يدخل على فلان
فلنخل على قوم هو فيهم حنث وإن لم يعلم لأنه دخل على المحلوف عليه والعلم ليس بشرط ،
كما لو حلف لا يكلمه فكلمه وهو لا يعرفه والمذهب الأول . رجلان حلف كل واحد
منهما لا يدخل على صاحبه فلنخلا في المنزل مما لا يباحثان . ولو قال : إن ضللتك فعبدي حر
فانه يتناول حالتي الحياة والموت ، لأنه عبارة عن الإساءة التطهير وذلك يوجد في الحي
والميت . قال (حلف ليضربه حتى يموت أو حتى يقتله فهو على أشد الضرب) لأنه المراد
في العرف ؛ ولو قال : حتى يغشى عليه أو حتى ييكي أو يبول أو يستغيث فلا بد من
وجود هذه الأشياء حقيقة ، ولو قال : لأضربك بالسياط حتى تموت فهو على المبالغة ؛
ولو قال : لأضربك بالسيف حتى تموت فهو على الموت حقيقة . وعن أبي يوسف فيمن
قال لامرأته : إن لم أضربك حتى أتركك لاحية ولا ميتة فهو أن يضربها ضرباً يوجعها
(حلف لا يضرب امرأته فخنقها أو مد شعرها أو عصفا حنث) لأن الضرب اسم لفعل مؤلم

فصل

(حلف لا يصوم فنوى وصام ساعة حنث) لأن الصوم هو الإمساك عن المفطرات مع
النية وقد وجد (وإن قال صوماً لم يحنث إلا بتام اليوم) لأنه يراد به الصوم التام ، وذلك
صوم اليوم لأن ما دونه ناقص . قال (حلف لا يصلي فقام وقراً وركع لم يحنث ما لم يسجد)
لأن الصلاة عبارة عن الأركان ، فلم يأت بها لاتسمى صلاة ، بخلاف الصوم لأنه عبارة
عن الإمساك وأنه موجود في أول جزء من اليوم وفي الجزء الثاني يتكرر (ولو قال صلاة
لا يحنث إلا بتام ركعتين) لأنه يراد به الصلاة المعتبرة شرعاً وأقل ذلك ركعتان . قال (ومن
قال لأمنته : إن ولدت ولداً فانت حرة ، فولدت ولداً ميتاً عقت ، وكذلك الطلاق)
لوجود الشرط وهو ولادة الولد ، ألا يرى أنه يقال : ولدت ولداً حياً ، ولدت ولداً ميتاً

وَلَوْ قَالَ : فَهُوَ حُرٌّ فَوَلَدَتْ مَيْتًا ثُمَّ حَيًّا عَتَقَ الْحَيَّ (مم) ؛ وَمَنْ قَالَ : مَنْ بَشَّرَنِي بِقُدُومِ فَلَانٍ فَهُوَ حُرٌّ فَبَشَّرَهُ جَمَاعَةٌ مُتَّفِقُونَ عَتَقَ الْأَوَّلُ ، وَإِنْ بَشَّرُوهُ جَمِيعًا عَتَقُوا ؛ وَلَوْ قَالَ : مَنْ أَخْبَرَنِي عَتَقُوا فِي الْوَجْهَيْنِ . قَالَ : إِنْ تَسَرَّيْتُ جَارِيَةً فَهِيَ حُرَّةٌ فَتَسَرَّى جَارِيَةً كَانَتْ فِي مِلْكِهِ عَتَقْتُ ، وَلَوْ اشْتَرَاهَا وَتَسَرَّى بِهَا كَمْ تَعْتَقُ . حَلَفَ لَا يَتَزَوَّجُ فَرُؤُجَهُ غَيْرَهُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ ، فَلِنْ أَجَازَ بِالْقَوْلِ حَيْثُ ،

(ولو قال : فهو حرٌّ فولدت ميتاً ثم حياً عتق الحيّ) عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا : لا يعتق لأن البين انحلت بوجود الشرط وهو ولادة الولد الميت لألى جزء لأن الميت ليس بمحل للحرية . وله أن الشرط ولادة الحيّ لأنه وصفه بالحرية ، ومن ضرورتها الحياة فصار كقولها إذا ولدت ولداً حياً فهو حرٌّ ، ولو قال كذلك عتق الحيّ فكنا هنا ، بخلاف حرية الأم والطلاق لأنه لم يقيد بالحياة فافترقا . قال (ومن قال : من بشرني بقدم فلان فهو حرٌّ فبشره جماعة متفرقون عتق الأول ، وإن بشروه جميعاً عتقوا ، ولو قال : من أخبرني عتقوا في الوجهين) لأن البشارة عرفاً اسم لخبر سارٍّ صدق ليس عند المبشر علمه لأنه مأخوذ من تغير بشرة الوجه من الفرح عادة ، والسرور إنما يحصل بالصدق لا بالكذب وبغير ليس عنده علمه ، والخبر اسم لطلق الخبر سواء كان عنده علمه أو لم يكن ويقع على الصدق والكذب ، وفي المسألة الأولى البشارة حصلت بالأول لما بينا فتى ولم تحصل بالباقي لأنه قد علم به فلم تكن بشارة ، وفي الثانية حصلت بأخبار الكل فيعتقون ؛ أما الخبر فإنه وجد من الكل سواء كانوا متفرقين أو مجتمعين فيمعتقون في الحالين ، والإعلام كالبشارة يعتق الأول لاغير لأنه ما يحصل به العلم وإنما يحصل بالأول والبشارة ، والخبر يكون بالكتابة والمراسلة كما يكون بالمشافهة ، والمحادثة بالمشافهة لاغير ، ولهذا يقال : أخبرنا الله تعالى ولا يقال حدثنا ، فإذا قال : أى غلام بشرني بقدم فلان فهو حرٌّ فكذب إليه غلامه بذلك عتق ؛ ولو أن عبداً له أرسل عبداً له آخر بالبشارة فجاء الرسول وقال للمولى : إن فلانا يقول لك : قد قدم فلان عتق المرسل دون الرسول وهو بمنزلة الكتاب ، ولو قال الرسول : إن فلانا قدم ولم يقل له أرسلنى فلان عتق الرسول خاصة (قال : إن تسربت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت ، ولو اشتراها وتسرى بها لم تعتق) والفرق أن في المسألة الأولى تناولها البين لكونها في ملكه ، وفي المسألة الثانية لم تكن في ملكه فلم يتناولها البين . وقال زفر رحمه الله : تمتع في الوجهين لأن ذكر التسرى ذكر للملك ، لأن التسرى لا يصح إلا في الملك . قلنا الملك يصير مذكوراً ضرورة صحة التسرى فيعتدّ بقدره لا يظهر في حق الحرية وهو الجزء ، لأن الثابت بالضرورة يتقدّر بقررها . قال (حلف لا يتزوج فزوج غيره بغير أمره ، فان أجاز بالقول حث) لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن

وَإِنْ أَجَازَ بِالْفِعْلِ لَا يَحْنُثُ ، وَلَوْ أَمَرَ غَيْرُهُ أَنْ يَزَوِّجَهُ حَنْثٌ ، وَكَذَلِكَ الطَّلَاقُ وَالْعَتَاقُ . حَلَفَ لَا يَزَوِّجُ عَبْدَهُ أَوْ أُمَّتَهُ يَحْنُثُ بِالتَّوَكُّلِ وَالْإِجَازَةِ وَكَذَلِكَ ابْنُهُ وَابْنَتُهُ الصَّغِيرَتَيْنِ ، وَفِي الْكَبِيرَتَيْنِ لَا يَحْنُثُ إِلَّا بِالْمُبَاشَرَةِ . حَلَفَ لَا يَضْرِبُ عَبْدَهُ فَوَكَّلَ بِهِ حَنْثٌ ، وَإِنْ نَوَى أَنْ لَا يُبَاشِرَهُ يَنْتَفِيسُهُ صَدَقَ قَضَاءُ . وَلَوْ حَلَفَ لَا يَضْرِبُ وَلَدَهُ فَأَمَرَ بِهِ كَمْ يَحْنُثُ ، وَذَبَحَ الشَّاةَ كَضَرْبِ الْعَبْدِ . حَلَفَ لَا يَبِيعُ فَوَكَّلَ بِهِ كَمْ يَحْنُثُ ، وَكَذَا سَائِرُ الْمَعَاوِضَاتِ الْمَالِيَةِ .

فِي الْإِبْتِدَاءِ عَلَى مَا عَرَفَ فِي تَصَرُّفَاتِ الْفُضُولَى (وَإِنْ أَجَازَ بِالْفِعْلِ) كَاعْطَاءِ الْمَهْرِ وَنَحْوِهِ الْخِتَارُ أَنَّهُ (لَا يَحْنُثُ) لِأَنَّ الْعُقُودَ تَخْتَصُّ بِالْأَقْوَالِ فَلَا يَكُونُ فِعْلُهُ عَقْدًا وَإِنَّمَا يَكُونُ رِضًا ، وَشَرْطُ الْحَنْثِ الْعَقْدُ لَا الرِّضَا . وَرَوَى عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ لَا يَحْنُثُ فِي الْوَجْهَيْنِ ، وَأَقْبَى بِهِ بَعْضُ الْمَشَايِخِ ، لِأَنَّ الْإِجَازَةَ لَيْسَتْ بِإِنْشَاءٍ لِلْعَقْدِ حَقِيقَةً ، وَإِنَّمَا هُوَ تَنْفِيدٌ لِحُكْمِ الْعَقْدِ بِالرِّضَا بِهِ (وَلَوْ أَمَرَ غَيْرُهُ أَنْ يَزَوِّجَهُ حَنْثٌ) لِأَنَّ الْوَكِيلَ فِي النِّكَاحِ سَفِيرٌ وَمَعْبَرٌ عَلَى مَا عَرَفَ فِي مَوْضِعِهِ . وَلَوْ قَالَ : عَنَيْتُ أَنْ لَا تُنْكِحَ بِهِ صَدِيقُ دِيَانَةٍ لَأَنَّهُ يَحْتَمِلُهُ لَاقْضَاءُ لَأَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ (وَكَذَلِكَ) الْحُكْمُ فِي (الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ) وَكُلُّ عَقْدٍ لَا تَرْجِعُ حَقُوقُهُ إِلَى الْوَكِيلِ كَالْكِتَابَةِ وَالْخَلْعِ وَالْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالْوَدِيعَةِ وَالْعَارِيَةِ وَالْقَرْضِ وَالِاسْتِقْرَاضِ ، وَكَذَلِكَ كُلُّ فِعْلٍ لَيْسَ لَهُ حَقُوقٌ كَالضَّرْبِ وَالْقَتْلِ وَالدَّبْحِ وَالْكُسُوفِ وَالْقَضَاءِ وَالِاقْتِضَاءِ وَالْحَصُومَةِ وَالشَّرَكَةِ فَانَّهُ يَحْنُثُ بِفِعْلِهِ وَبِالْأَمْرِ . وَفِي الصَّلْحِ رَوَايَتَانِ بِمَنْزِلَةِ الْبَيْعِ وَالنِّكَاحِ (حَلَفَ لَا يَزَوِّجُ عَبْدَهُ أَوْ أُمَّتَهُ يَحْنُثُ بِالتَّوَكُّلِ وَالْإِجَازَةِ) لِأَنَّ ذَلِكَ مُضَافٌ إِلَيْهِ مُتَوَقِّفٌ عَلَى إِرَادَتِهِ لِلْمَلِكَةِ وَوَلَايَتِهِ (وَكَذَلِكَ ابْنُهُ وَابْنَتُهُ الصَّغِيرَتَيْنِ) لَوْلَايَتِهِ عَلَيْهِمَا (وَفِي الْكَبِيرَتَيْنِ لَا يَحْنُثُ إِلَّا بِالْمُبَاشَرَةِ) لَعَدَمِ وَلَايَتِهِ عَلَيْهِمَا فَهُوَ كَالْأَجْنَبِيِّ عَنْهُمَا فَيَتَعَلَّقُ بِحَقِيقَةِ الْفِعْلِ . قَالَ (حَلَفَ لَا يَضْرِبُ عَبْدَهُ فَوَكَّلَ بِهِ حَنْثٌ) لِأَنَّ مَنَفْعَةَ ذَلِكَ تَرْجِعُ إِلَى الْمَالِكِ فَيَجْعَلُ مَبَاشَرًا لَأَنَّهُ لَاحِقُوقٌ لَهُ تَرْجِعُ إِلَى الْوَكِيلِ (وَإِنْ نَوَى أَنْ لَا يُبَاشِرَهُ بِنَفْسِهِ صَدَقَ قَضَاءُ) لَأَنَّهُ فِعْلٌ حَسْبٍ ، فَإِذَا نَوَى الْفِعْلَ بِنَفْسِهِ فَقَدْ نَوَى الْحَقِيقَةَ فَيَصْدُقُ قَضَاءُ وَدِيَانَةٌ ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ مِنَ النِّكَاحِ وَأَخَوَاتِهِ لَأَنَّهُ تَكَلَّمَ بِكَلَامٍ يَفْضِي إِلَى النِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ وَالْأَمْرِ بِذَلِكَ مِثْلُ التَّكَلُّمِ بِهِ ، فَإِذَا نَوَى التَّكَلَّمَ بِهِ فَقَدْ نَوَى الْخَاصَّ مِنَ الْعَامِ فَيَصْدُقُ دِيَانَةٌ لَاقْضَاءُ . قَالَ (وَلَوْ حَلَفَ لَا يَضْرِبُ وَلَدَهُ فَأَمَرَ بِهِ لَمْ يَحْنُثْ) لِأَنَّ مَنَفْعَتَهُ عَائِلَةٌ إِلَى الْوَلَدِ وَهُوَ التَّخْفِيفُ وَالتَّأْدِيبُ فَلَا يَنْسَبُ إِلَى الْأَمْرِ ، بِخِلَافِ ضَرْبِ الْعَبْدِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ (وَذَبْحِ الشَّاةِ كَضَرْبِ الْعَبْدِ) حَلَفَ لَا يَضْرِبُ حَرًّا فَأَمَرَ غَيْرَهُ فَضَرَبَهُ لَا يَحْنُثُ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ ضَرْبَ الْحَرِّ إِلَّا أَنْ يَكُونَ سُلْطَانًا أَوْ قَاضِيًا فَيَحْنُثُ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ ضَرْبَهُ حَدًّا وَتَعْزِيرًا نِيصَحُ الْأَمْرُ بِهِ . قَالَ (حَلَفَ لَا يَبِيعُ فَوَكَّلَ بِهِ لَمْ يَحْنُثْ ، وَكَذَا سَائِرُ الْمَعَاوِضَاتِ الْمَالِيَةِ)

حَلَفَ لَا يَبِيعُ فَبَاعَ وَلَمْ يَقْبَلِ الْمُشْتَرَى لَا يَحْتِثُ ، وَكَذَلِكَ الْإِجَارَةُ وَالصَّرْفُ
وَالسَّلَامُ وَالرَّهْنُ وَالنَّكَاحُ وَالْخُلْعُ ، وَلَوْ وَهَبَ أَوْ تَصَدَّقَ ، أَوْ أَعَارَ فَلَمْ يَقْبَلِ
حَتَّى . حَلَفَ لَيَقْضِيَنَّ دَيْنَهُ إِلَى قَرِيبٍ فَقَدْ دُونَ الشَّهْرِ ، وَبَعِيدٍ أَكْثَرَ مِنْ
الشَّهْرِ ، وَإِنْ قَالَ : لَيَقْضِيَنَّهُ الْيَوْمَ فَفَعَلَ ، وَبَعْضُهَا زَيْفٌ ، أَوْ تَبْهِيجَةٌ ،
أَوْ مُسْتَحَقَّةٌ لَمْ يَحْتِثْ ، وَلَوْ كَانَ رَصَاصًا أَوْ سَتَوْقَةً حَتَّى .

لأن العقد يوجد من العاقد حتى ترجع الحقوق إليه على مامر في البيوع فلم يوجد الشرط
وهو العقد من الخالف إلا أن ينوى ذلك لأن فيه تشديدا عليه ، أو يكون الخالف ممن
لا يباشر العقود كالسلطان والمخدرة ، لأنه إنما يمنع نفسه عما يعتاد ، ولو كان الخالف يباشر
مرة ويوكل أخرى تعتبر الغلبة . قال (حلف لا يبيع فباع ولم يقبل المشتري لا يحنث ، وكذلك
الإجارة والصرف والسلم والرهن والنكاح والخلع ، ولو وهب أو تصدق أو أعار فلم
يقبل حنث) لأن المعاوضة تملك من الجانبين فيكون القبول ركنا لتحقيق المعاوضة ، وفي
غير المعاوضة تملك من جانب المملك وحده . وقال زفر : لا يحنث في الهبة والصدقة أيضا
لأن تمامها بالقبول فصار كالبيع . قلنا الهبة تملك فتم بالمملك والقبول شرط لثبوت الملك
دون وجود الهبة ، فصار كالوصية ، والإقرار بخلاف البيع لأنه تملك وتملك على ما بينا .
وعن أبي حنيفة رحمه الله : في القرض روايتان ، ويحنث بالبيع الفاسد والهبة الفاسدة . وعن
أبي يوسف أنه لا يحنث . وقال زفر : لا يحنث فيه إلا بالقبض ، لأن المقصود الملك وهو
بالقبض . قلنا هو بيع حقيقة لوجود الإيجاب والقبول وعلى هذا البيع بشرط الخيار . قال
(حلف ليقضين دينه إلى قريب فادون الشهر ، وبعيد أكثر من الشهر) لأن ما دون
الشهر يعد قريبا ، والشهر وما زاد يعد بعيدا والعبارة للمعتاد (وإن قال : ليقضينه اليوم
ففعّل وبعضها زيف ، أو تبهيجة ، أو مستحقة لم يحنث) لأنها دواهم إلا أنها معيبة والعيب
لا يعدم الجنس ، ألا يرى أنه لو تجوز بها في الصرف والسلم جاز ، والمستحقة دواهم وقبضها
صحیح . وبردّها لا ينتقض القبض الأول المستحق باليمين (ولو كان رصاصا أو ستوقة
حنث) لأنها ليسا بدراهم حتى لو تجوز بهما لا يجوز ، وهذا إذا كان الأكثر ستوقا ،
أما إذا كان الأكثر فضة لا يحنث . حلف ليقضين من فلان حقه فأخذه من وكيله أو كفيل
عنه بأمره أو محتال عليه بأمر المطلوب بر ، وإن كانت الكفالة والحالة بتغير أمر المطلوب
حنث ، لأن القبض ليس من المخلوف عليه ، ألا يرى أن الدافع لا يرجع عليه ، وفي
الفصل الأول الأخذ من وكيله أخذ منه ، لما بينا أن حقوق القضاء لا ترجع إلى المأمور
وكذا كفيله بأمره كالوكيل ، ولهذا يرجع بما أدّى عليه ، وكذا لو حلف ليعطين فلانا
حقه فأمر غيره بالأداء أو أحاله فقبض بر ، ولو باعه شيئا وقبضه بر أيضا ، لأن البيع

حَلَفَ لَا يَقْبِضُ دَيْنَهُ مُتَقَرِّقًا فَقَبِضَ بَعْضُهُ لَا يَحْنُتُ حَتَّى يَقْبِضَ بَاقِيَهُ ،
وَأِنْ قَبِضَهُ فِي وَزْنَيْنِ مُتَعَاكِفًا لَمْ يَحْنُتْ . حَلَفَ لَا يَفْعَلُ كَذَا تَرَكَهُ أَبَدًا ،
وَأِنْ قَالَ : لَا فَعَلْتَهُ بِرَّ يَوْاحِدَةٍ . اسْتَحْلَفَ الْوَالِي رَجُلًا لِيُعْلِمَنَّهُ بِكُلِّ
مُفْسِدٍ فَهُوَ عَلَى حَالٍ وَلَايَتِهِ خَاصَّةٌ . حَلَفَ لِيَهْبِتَهُ فَعَمِلَ وَلَمْ يَقْبَلْ بِرَّ ،
وَكَذَلِكَ الْقَرَضُ وَالْعَارِيَةُ وَالصَّدَقَةُ .

فصل

صار الثمن ديناً في ذمته فيقتاضان وهو طريق قضاء الديون ؛ ولو أبرأه أو وهبه حنث لأنه
إسقاط محض من جهة الطالب وليس بقضاء من الخالف ، بخلاف البيع على ما بينا . حلف
لأيفارق غريمه حتى يستوفي حقه فهرب من الغريم لم يحنث . قال (حلف لا يقبض دينه
مترقفاً فقبض بعضه لا يحنث حتى يقبض باقيه) لأن الشرط قبض جميع دينه مترقفاً ولم يوجد
شرط الحنث ، ألا يرى أنه لو أبرأه من الباقي أو وهبه لا يكون قابضاً للكل (وإن قبضه
في وزنيتين متعاقباً لم يحنث) لأنه قد يتعدى وزن الكل دفعة واحدة فيكون هذا القدر
مستوفى من الثمن فلا يحنث به ، وإن اشتغل بين وزنين بعمل آخر حنث لأنه تبدل المجلس
فاختلف الدفع . قال (حلف لأيفعل كذا تركه أبداً) لأنه نفي مطلق فيعم (وإن قال :
لأفعله برَّ يواحدة) لأنه في معرض الإثبات فيبرَّ بأى فعل فعله ، وإنما يحنث بموته أو بهلاك
محل الفعل إذا أيس من الفعل . قال (استحلف الوالي رجلاً ليعلمنه بكلِّ مفسد فهو على
حال ولايته خاصة) لأن المقصود من ذلك رفع الفساد ودفع الشر بالمنع والزجر ، وذلك
في حال سلطته ولايته فيتقصد بها ، وزوالها بالموت والزل (حلف ليهبته ففعل ولم يقبل
برَّ ، وكذلك القرض والعارية والصدقة) وقد مرَّ الوجه فيه .

فصل

النذر قرينة مشروعة ، أما كونه قرينة فلما يلزمه من القرب كالصوم والصلاة والحج
والنحر والصدقة ونحوها . وأما شرعيته فلأوامر الواردة بألفاظه ، قال تعالى - وليوفوا
نذورهم - وقال صلى الله عليه وسلم « ف بنترك » وقال عليه الصلاة والسلام « من نذر
وسمى فعله الوفاء بما سمى » وقال عليه الصلاة والسلام « من نذر أن يطيع الله فليطعه »
إلى غيرها من النصوص ، وعلى شرعيته الإجماع ، ولا يصح إلا بقربة لله تعالى من جنسها
واجب كالقرب المذكورة ، ولا يصح بما ليس لله تعالى من جنسها واجب كالتسبيح
والتحميد وعبادة المرضى وتكفين الميت وتشيع الجنائز وبناء المساجد ونحوها . والأصل فيه

وَلَوْ نَذَرْنَا نَذْرًا مُطْلَقًا فَفَعَلْنَاهُ الْوَفَاءُ بِهِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ عَلِمَهُ بِشَرِّطٍ فَوَجِدَ . وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَخْرَجَ : أَنَّهُ يُحْزَرُهُ كَفَّارَةٌ يَمِينٍ إِذَا كَانَ شَرِّطًا لَا يُرِيدُ وَجُودَهُ ،

أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى ، إذ لأولية له على الإيجاب ابتداء ، وإنما صححنا لإيجابه في مثل ما أوجهه الله تعالى تحصيلًا للمصلحة المتعلقة بالنذر ، ولا يصح النذر بمعصية . قال صلى الله عليه وسلم « لا تنذر في معصية الله تعالى » . قال (ولو نذر نذرًا مطلقًا) أى بغير شرط ولا تعليق كقوله : « على صوم شهر أو نحوه » (فعليه الوفاء به) لما تقدم (و كذلك إن علمه بشرط فوجد) لأن المعلق بالشرط كالمتجز عنده ، ولأن النذر موجود نظرًا إلى الجزاء ، والجزاء هو الأصل والشرط تبع ، واعتبار الأصل أولى فصار كالمتجز (وعن أبي حنيفة رحمه الله أخرا : أنه يحزره كفارة يمين إذا كان شرطًا لا يريد وجوده) كقوله : إن كلمت فلانًا أو دخلت الدار فعلى صوم سنة أو صدقة ما أملكه ، وهو قول محمد رحمه الله ، واختاره بعض المشايخ للبلوى والضرورة ، ولو أدى ما ألزمه يخرج عن العهدة أيضًا لأن فيه معنى اليمين وهو المنع ، وهو نذر لفظًا فيختار أى الجهتين شاء ؛ ولو كان شرطًا يريد وجوده كقوله : إن شئني الله مريض أو قضى ديني أو قدمت من سفرى لا يحزىه إلا الوفاء بما سمي لأنه نذر بصيغته وليس فيه معنى اليمين ؛ ولو قال : إن فعت كذا فألف درهم من مالى صدقة ففعل وليس فى ملكه إلا مائة درهم لا يلزمه غيرها ، لأن النذر بما لا يمكن لا يصح ؛ ولو نذر صوم الأبد فضعف لاشتغاله بالمعيشة أفطر لثلاث تحتل فرائضه ويفدى كالشيخ الفاني فى شهر رمضان ؛ ولو نذر عددًا من الحج يعلم أنه لا يمكنه لا يأمر غيره بالحج عنه لأنه لا يعرف قدر الفائت ، بخلاف الصوم . قال أبو حنيفة رضى الله عنه : لو قال لله على إطعام عشرة مساكين أو كسوة عشرة مساكين لا يحزىه إلا ما يحزى فى كفارة اليمين لما تقدم أنه معتبر بإيجاب الله تعالى ؛ وقوله : لله على طعام مساكين ، كقوله إطعام ، لأن الطعام اسم عين وإنما يصح إيجاب الفعل . وقال أبو يوسف : لو قال : لله على طعام أطعم ما شاء ولو أقمه ؛ ولو قال : على نذر ونوى الصوم أو الصدقة دون العدد ألزمه فى الصوم ثلاثة أيام ، وفى الصدقة إطعام عشرة مساكين اعتبارًا بالواجب فى كفارة اليمين إذ هو الأقل فكان متيقنا ؛ ولو نذرت صوم أيام حبسها أو قالت : لله على أن أصوم غدا فحاضت فهو باطل عند محمد وزفر رحمه الله ، لأنها أضافت الصوم إلى وقت لا يتصور فيه . وقال أبو يوسف رحمه الله : يقضى فى المسألة الثانية ، لأن الإيجاب صدر صحيحًا فى حال لا ينافى الصوم ولا إضافته إلى زمان ينافيه ، إذ الصوم متصور فيه والعجز بعارض محتمل كالمرض فتقصيم وصار كما إذا نذرت صوم شهر يلزمها قضاء أيام حبسها لأنه لا يجوز خلط الشهر عن الحيز

وَلَوْ نَذَرَ ذَبِيحَ وَلَدِهِ أَوْ نَحَرَهُ لَزِمَهُ ذَبِيحُ شَاةٍ .

فصح الإيجاب ؛ ولو نذر صوم اليوم الذي يقدم فيه فلان فقدم ليلا لاشيء عليه ، وكذا لو قدم بعد الزوال أو قبله وقد أكل عند محمد ، لأن المعلق بالشرط كالمتكلم به عند وجوده . وقال أبو يوسف : يقضى في الفصلين الآخرين كما إذا نذرت صوم غد فحاضت ؛ ولو قدم في رمضان أو في يوم الفطر قضاءه ولا يميزه صومه ، لأن الإيجاب خرج صحيحا ؛ ولو نذر صلاة ركعة أو صوم نصف يوم صلى ركعتين وصام يوما ، لأن الركعة صلاة وقربة في الجملة لاشتمالها على ذكر الله تعالى ، والقراءة وغيرها كالوتر عند بعضهم ، وصوم نصف يوم قربة كاسماك غداة الأضحى فصح التزامه ثم يلزمه حفظه وإتمامه ضرورة عدم التجزئ شرعا ، ولو نذر ثلاث ركعات لزمه أربع عند أبي يوسف وركعتان عند زفر ؛ ولو نذر أن يصلي بغير وضوء فليس بشيء . وعن أبي يوسف يلزمه وضوء لأن إيجاب أصل الصلاة صحيح وذكر الوصف باطل ؛ ولو نذر أن يصلي بغير قراءة أو عريانا صح خلافا لزفر ولزمته بقراءة مستورا ، لأن الصلاة كما ذكر قربة في الجملة كالأذى ومن لا يقدر على ثوب فصح الإيجاب . قال (ولو أنذر ذبيح ولده أو نحره لزمه ذبيح شاة) عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وكذا النذر بذبيح نفسه أو عبده عند محمد ؛ وفي الولد والوالدة عن أبي حنيفة روايتان الأصح عدم الصحة . وقال أبو يوسف وزفر : لا يصح شيء من ذلك لأنه معصية فلا يصح . ولهما في الولد مذهب جماعة من الصحابة كعلي وابن عباس وغيرهما رضئ الله عنهم ، ومثله لا يعرف قياسا فيكون سمعا ، ولأن إيجاب ذبيح الولد عبارة عن إيجاب ذبيح الشاة ، حتى لو نذر بذبيحه بمكة يجب عليه ذبيح الشاة بالحرم . بيانه قصة الذبيح عليه السلام ، فإن الله تعالى أوجب على الخليل عليه السلام ذبيح ولده بقوله - افعل ما تؤمر - وأمره بذبيح الشاة حيث قال - قد صدقت الرويا - فيكون كذلك في شريعتنا ، إما لقوله تعالى - ثم أوحينا إليك أن اتبع ملة إبراهيم حنيفا - أو لأن شريعة من قبلنا تلزمنا حتى يثبت النسخ ، وله نظائر : منها إيجاب الشيء إلى بيت الله تعالى عبارة عن حج أو عمرة ، وإيجاب الهدى عبارة عن إيجاب شاة ومثله كثير ، وإذا كان نذر ذبيح الولد عبارة عن ذبيح شاة لا يكون معصية بل قربة حتى قال الإسيبيجاني وغيره من المشايخ : إن أراد عين الذبيح وعرف أنه معصية لا يصح ونظيره الصوم في حق الشيخ الثاني معصية لإفضائه إلى إهلاكه ، ويصح نذره بالصوم وعليه القدية ، وجعل ذلك التزاما للقدية كذا هذا . ولمحمد في النفس والعبد أن ولايته عليهما فوق ولايته على ولده فكان أولى بالجواز . ولأبي حنيفة أن وجوب الشاة على خلاف القياس عرفناه استدلالا بقصة الخليل عليه السلام ، وإنما وردت في الولد فيقتصر عليه ؛ ولو نذر بلفظ القتل لا يلزمه شيء بالإجماع ، لأن النص ورد بلفظ الذبيح

كتاب الحدود

وَهِيَ عَقُوبَةُ مُسَدَّرَةٍ وَجَبَتْ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى . وَالزَّانَا : وَطءُ الرَّجُلِ الْمَرْأَةَ فِي الْقُبُلِ فِي غَيْرِ الْمِلْكِ وَشُبُهَتِهِ ،

والنحر مثله ، ولا كذلك القتل ، ولأن الذبح والنحر وردا في القرآن على وجه القرية والتعبد ، والقتل لم يرد إلا على وجه العقوبة والانتقام والنهي ، ولأنه لو نذر ذبح الشاة بلفظ القتل لايصح فهذا أولى ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

كتاب الحدود

وهو جمع حدٍّ ، وهو في اللغة : المنع ، ومنه الحداد للبواب لمنع الناس من انخول ، وحدود العقار : موانع من وقوع الاشتراك ، وأحدت المعتدة : إذا منعت نفسها من الملاذ والتنعيم على ما عرف ، واللفظ الجامع المانع حدٍّ ، لأنه يجمع معاني الشيء ويمنع دخول غيره فيه . وحدود الشرع : موانع وزواجر عن ارتكاب أسبابها (و) في الشرع (هي عقوبة مقدرة وجبت حقاً لله تعالى) وفيها معنى اللغة على ما بينا ، والقصاص لا يسمى حدًّا لأنه حق العباد ، وكذا التعزير لأنه ليس بمقدّر ثبتت شرعيته بالكتاب والسنة . أما الكتاب فقولهُ تعالى - الزانية والزاني - الآية ، وقوله تعالى - والسارق والسارقة - الآية ، وقوله - والذين يرمون المحصنات - الآية ، وآية المحاربة وغير ذلك . والسنة حديث ما عاز والغامضية والعسيف وغيرها من الأحاديث المشهورة على ما يأتي في أثناء الأبواب إن شاء الله تعالى . والمعقول ، وهو أن الطباع البشرية والشهوة النفسانية مائلة إلى قضاء الشهوة واقتناص الملاذ وتحصيل مقصودها ومحبوبها من الشرب والزنا والتشفي بالقتل وأخذ مال الغير والاستطالة على الغير بالشم والضرب خصوصاً من القوى على الضعيف ، ومن العالی على الدنى ، فاقترضت الحكمة شرع هذه الحدود حسبها لهذا الفساد ، وزجراً عن ارتكابها ليبقى العالم على نظم الاستقامة ، فإن إخلاء العالم عن إقامة الزاجر يؤدي إلى انحرافه ، وفيه من الفساد ما لا يخفى ، وإليه الإشارة بقوله تعالى - ولكم في القصاص حياة - . ومن كلام حكماء العرب : القتل أنى للقتل . قال . (والزنا : وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهته) أما الأول فلعنوم موارد استعمال اسم الزنا ، فانه متى قيل فلان زنى ، يعلم أنه وطئ امرأة في قبلها وطئاً حراماً ؛ ألا يرى أن ما عاز لما فسر الزنا بالوطء في القبل حراماً كما قيل في المكحلة حدّه النبي صلى الله عليه وسلم ؛ وأما كونه في غير الملك فلأن الملك سبب الإباحة فلا يكون زناً ؛ وأما عدم الشبهة فلقوله عليه الصلاة والسلام « ادعوا الخلود

وَبَيَّنْتُ بِالْبَيِّنَةِ وَالْإِقْرَارِ . وَالْبَيِّنَةُ : أَنْ يَشْهَدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى رَجُلٍ وَامْرَأَةٍ بِالزَّنا ، فَإِذَا شَهِدُوا بِسَالِمٍ الْقَاضِي عَنْ مَاهِيَّتِهِ وَكَيْفِيَّتِهِ وَمَكَانِهِ وَزَمَانِهِ وَالزَّرْفِيِّ بِهَا ، فَإِذَا بَيَّنُّوا ذَلِكَ ، وَذَكَرُوا أَنَّهَا مُحَرَّمَةٌ عَلَيْهِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ ، وَشَهِدُوا بِهِ كَالْمَلِيلِ فِي الْمَكْحُولَةِ ، وَعَدُّوا فِي السَّرِّ وَالْعَلَانِيَةِ حَكَمَ بِهِ ، فَإِنْ نَقَصُوا عَنْ أَرْبَعَةٍ فَهُمْ قَذَفَةٌ .

بالشبهات ، ولا بدَّ فيه من مجاوزة الختان ، لأن المخالطة بذلك تتحقق وما دون ذلك ملازمة لا يعلق بها أحكام الوطء من غسل وكفارة وصوم وفساد حج . قال (ويثبت بالبيينة والإقرار) لأنهما حجج الشرع ، وبهما تثبت الأحكام على ما مرَّ في الدعوى ، وقوله تعالى - والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم - دليل على أن الزنا الذي رموه به يثبت إذا أتوا بأربعة شهداء حتى يسقط عنهم حدُّ القذف وهي البيينة . وأما الإقرار فالصديق فيه راجح لأنه إقرار على نفسه وفيه مضرة على نفسه ، وبه رجم عليه الصلاة والسلام ماعزا ، والعلم القطعي معتدٌّ في حقنا فيكتفي بالظاهر الراجح (والبيينة . أن يشهد أربعة على رجل وامرأة بالزنا) لما تلونا ، ولقوله تعالى - واللاتي يأتين اففاحشة من نساءكم فاستشهدوا عليهنَّ أربعة منكم - شرط الأربعة للحديث الذي تقدّم في اللعان (فإذا شهدوا يسألهم القاضي عن ماهيته وكيفيته ومكانه وزمانه والزنى بها) لأن في ذلك احتيالا للدرء المندوب إليه بقوله عليه الصلاة والسلام « ادعوا الحدود ما استطعتم » . أما السؤال عن ماهيته وكيفيته فلاحتمال أنه اشتبه عليه فظنَّ غير الزنا زنا ، فان ما دون الزنا يسمى زنا مجازا ، قال عليه الصلاة والسلام « العينان تزنيان ، واليدان تزنيان ، والرجلان تزنيان ، ويحقق ذلك الفرج (١) » . وأما السؤال عن المكان والزمان فلاحتمال أنه زنا في دار الحرب أو في زمان الصبا ، أو في المتقادم من الزمان فيسقط الحدُّ على ما يأتي إن شاء الله تعالى . وأما السؤال عن الزنى بها لاحتمال أنها ممن تحلُّ له أو له فيها شبهة لا يرفعها الشهود ، فان سألهم فقالوا : لا تزيد على هذا لا يحدُّون لأنهم شهدوا بالزنا وهم أربعة وما قذفوا . قال (فإذا بينوا ذلك وذكروا أنها محرَّمة عليه من كلِّ وجه ، وشهدوا به كالميل في المكحلة وعدُّوا في السَّرِّ والعَلَانِيَةِ حَكَمَ بِهِ) لثبوته بالبيينة ، وكيفية التمديل ذكرناه في الشهادات ، ولم يكتف بأو حنيفة رحمه الله بظاهر العلالة في الحدود احتيالا للدرء المندوب إليه (فإن نقصوا عن أربعة فهم قذفة) يحدُّون للقذف إذا طلب المشهود عليه لأنه تعالى أوجب الحدَّ عند عدم شهادة الأربع ، وكذلك إن جاءوا متفرقين إلا أن يكون في مجلس واحد في ساعة

(١) قوله ويحقق ذلك الفرج ، تمة الحديث في رواية أخرى « والفرج يصدُّ ، ذلك ويكذبه »

وَلَا رَجَعُوا قَبْلَ الرَّجْمِ سَقَطَ وَحْدُوا ، وَإِنْ رَجَعُوا بَعْدَ الرَّجْمِ يَضْمَنُونَ
الدَّيَّةَ ، وَإِنْ رَجَعَ وَاحِدٌ قَرُبُوعًا ، وَإِنْ شَهِدُوا بَيْنَنَا مُتَقَادِمِينَ كَمْ يَمْنَعُهُمْ
عَنْ إِقَامَتِهِ بَعْدَهُمْ عَنْ الْإِمَامِ كَمْ تُقْبَلُ .

واحدة ، لأن قولهم احتمل أن يكون شهادة ، واحتمل أن يكون قلغا ، وإنما تتميز
الشهادة عن القذف إذا وقعت جملة ، ولا يمكن ذلك دفعة واحدة منهم فاعتبرنا اتحاد المجلس
وإن شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد لقيام الشبهة لاحتمال أنها زوجته أو أمته . قال
(وإن رجعوا قبل الرجم سقط وحدوا) أما سقوط الحد فليقتلان الشهادة بالرجوع ؛
وأما وجوب الحد عليهم فلائهم قذفة (وإن رجعوا بعد الرجم يضمنون الديّة) لأنهم تسببوا
إلى قتله ، والمتسبب يجب عليه الديّة كحافر البئر (وإن رجع واحد فربعها) لأنه تلف
يشهادته ربع النفس ؛ أو نقول : بقي من يبق بشهادته ثلاثة أرباع الحق فيكون التالف
بشهادته ربع الحق ، ولا وجه إلى وجوب القصاص لأنه متسبب ولاقصاص على المتسبب ،
ويحد حد القذف مع الديّة خلافا لزفر لأنه قذف حيا ومات فبطل ، وإن كان قذف ميتا
فقد رجم بقضاه فأورث شبهة . ولنا أن الشهادة إنما تصير قلغا بالرجوع فيجعل قاذفا لميت
ساعة الرجوع فقد بطلت الحجة فبطل القضاء الذى يبتنى عليها فلا يورث شبهة ، وإن رجعوا
بعد الجلد فالحد لما مر ولا يضمنون أرض السياط ، وكذلك إن مات من الجلد ، وقالوا :
يضمنون ، وإن رجع واحد فعليه ربع الأرض ، وإن مات فربع الديّة لأنه من الجلد وقد
حصل بسبب الشهادة ، فكان الشاهد هو الموجب كما فى الرجم . ولأبى حنيفة أن أثر
الضرب والموت ليس موجب الشهادة ، لأن الجلد قد يؤثر ولا يؤثر ، وقد يموت منه ولا
يموت ، ولو كان موجب الشهادة لما انفك عنها كما فى الرجم ، وإذا لم يكن موجب
الشهادة لا يلزم الشاهد ضمانه ، ولأنه لو وجب إما أن يجب على الشاهد ولا وجه له لما بينا .
أو على الجلد ولا وجه له أيضا لأنه مأفون فى فعله لاعلى وجه البدل ، ولم يعتمد تجاوز
ما أمر به كمين القصاص ، ولأننا لو أوجبناه عليه لامتنع الناس من ذلك وفيه ضرر جلى ،
أو على بيت المال ، ولا وجه له ، لأن الحكم غير موجب له لأنه ينفك عنه غالبا فلا يجب
كما قلنا فى الشاهد . قال (وإن شهدوا بيزنا متقادم لم يمنعه من إقامة بعلهم عن الإمام
لم تقبل) لما روى أن عمر رضى الله عنه خطب فقال : أيما شهود شهدوا بحد لم يشهدوا
عند حضرته فانما هم شهود ضغن لا تقبل شهادتهم ، ولأنها شهادة تمكنت فيها تهمة فتبطل .
بيانه أن الشهود إذا عاينوا الفاحشة فهم بالخيار إن شاعوا شهدوا به حسبة لإقامة الحد ،
وإن شاعوا ستروا على المسلم حسبة أيضا ، فإن اختاروا الأداء حرم عليهم التأخير ، لأن
تأخير الحد حرام ، فيحمل تأخيرهم على السر حسبة حملهم على الأحسن ، فإذا أخروا

وَيَثْبُتُ بِالْإِقْرَارِ ، وَهُوَ أَنْ يُقَرَّ الْعَاقِلُ الْبَالِغُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ فِي أَرْبَعِ مَجَالِسٍ بِرَدِّهِ الْقَاضِي فِي كُلِّ مَرَّةٍ حَتَّى لَا يَرَاهُ ، ثُمَّ يَسْأَلُهُ كَمَا يَسْأَلُ الشُّهُودَ إِلَّا عَنْ الزَّمَانِ ، فَإِذَا بَيَّنَّ ذَلِكَ لَزِمَهُ الْحَدُّ .

ثم شهدوا انهموا أنهم إنما شهدوا للضغينة حلتهم على ذلك كما قال عمر رضى الله عنه ، وإن كان تأخيرهم لالحسبة السر ثبت فسقهم وردت شهادتهم ، بخلاف الإقرار لأن الإنسان لا يعادى نفسه فلا يتهم ؛ ثم التقادم في الحدود الخالصة لله تعالى يمنع قبول الشهادة إلا إذا كان التأخير لعذر كبعد المسافة أو مرض ونحو ذلك ؛ فحد الزنا والشرب والسرقة خالص حتى الله تعالى حتى يصح رجوع المقر عنها فيكون التقادم فيها مانعا ؛ وحد القذف فيه حتى العبد لما فيه من دفع العار عنه ، ولهذا توقف على دعواه ولا يصح الرجوع عنه ، فالتقادم فيه لا يمنع قبول الشهادة لأن الدعوى فيه شرط ، فاحتمل أن تأخيرهم لتأخير الدعوى فلا يتهمون في ذلك ؛ ولا يلزم حد السرقة لأن الدعوى شرط للمال للحد ، لأن الحد خالص حتى الله ، ولأن السرقة تكون في السر والخفية من المالك فيجب على الشاهد إعلامه ، فبالتأخير يفسد أيضا . وأما حد التقادم فأبو حنيفة لم يقدر في ذلك وفرضه إلى رأى الإمام كما هو دأبه . وروى الملق عن أبي يوسف قال : جهلنا بأبي حنيفة أن يوقت في التقادم شيئا فأبى ، لأن التقادم يختلف باختلاف الأحوال والأعذار وردة إلى اجتهد الحاكم . وروى الحسن ومحمد عن أبي حنيفة أنهم إذا شهدوا بعد سنة لم تقبل شهادتهم ، وهذا لا ينافي الأول لأنه جعل السنة تقادما ولم يمنع ما دونها . وقال أبو يوسف ومحمد : إذا شهدوا بعد مضى شهر فهو تقادم لأنه في حكم البعيد وما دونه في حكم القريب ، فوجب أن يقدر التقادم به إذا لم يكن علوا . وعن الطحاوى ستة أشهر (ويثبت بالإقرار ، وهو أن يقَرَّ العاقل البالغ أربع مَرَّاتٍ في أربع مجالس يرده القاضي في كل مرة حتى لا يراه ثم يسأله كما يسأل الشهود إلا عن الزمان ، فإذا بين ذلك لزمه الحد) أما اشتراط العقل والبلوغ فلائهما شرط للتكاليف ، وأما اشتراط الأربع فلما روى « أن ماعز بن مالك أقر عند النبي عليه الصلاة والسلام فأعرض عنه ، فعاد فأقر فأعرض عنه ، فعاد الثالثة فأقر فأعرض عنه ، فعاد الرابعة فأقر ، فقال عليه الصلاة والسلام : الآن أقررت أربعا فبمن ؟ » وفي رواية « فأعرض عنه حتى خرج من المسجد ثم عاد » والمسلك به من وجوه : أحدها أن الحد لو وجب بالمرة الواحدة لم يؤخره إلى الرابعة لأنه لا يجوز تأخير الحد إذا وجب ، قال عليه الصلاة والسلام « ما ينبغي لوالى حد أتى في حد من حلود الله تعالى إلا إقامته » . الثاني أن قوله عليه الصلاة والسلام « الآن أقررت أربعا » دليل على أن الموجب هو الإقرار أربعا ، هذا هو المفهوم من لفحوى هذا الكلام . الثالث ما روى أن أبا بكر رضى الله عنه لما أقر الثالثة قال له

وَكَاذَرَجَعَ عَنْ إِفْرَارِهِ قَبْلَ الْحَدِّ أَوْ فِي وَسْطِهِ خُلِّيَ سَبِيلُهُ . وَيُسْتَحَبُّ
لِلْإِمَامِ أَنْ يُلْقِنَهُ الرَّجُوعَ كَقَوْلِهِ لَهُ : لَعَلَّكَ وَطِئْتَ بِشَيْئَةٍ ، أَوْ قَبَّلْتَ ،
أَوْ لَمَسْتَ .

إن أقررت الرابعة رجلك رسول الله ، وهذا دليل على أنهم علموا أن الرابعة شرط لوجوب
الرجم ، ومثل هذا لا يعلم إلا توقيفا . وكذلك روى عن أبي بريدة أنه قال : كنا نتحدث
بين يدي رسول الله عليه الصلاة والسلام أن ما عزا لوقعد في بيته بعد المرة الثالثة ولم يقر
لم يرجعه صلى الله عليه وسلم ، وهذا دليل على أنهم عرفوه شريعة قبل رجم ما عر ، ولأن
الزنا اختص بزيادة تأكيد لم يجب في غيره من الحدود إعظاما لأمره وتحقيقا لمعنى السر
كزيادة عدد الشهود والسؤال عن حال المقر ، فيناسب أن يخص بزيادة العدد في الأقارب
أيضا واشتراط اختلاف المجالس لما روينا ، ولأن اتحاد المجلس يؤثر في جميع المضمرات
فتثبت شبهة الاتحاد في الإقرار ، والمعتبر اختلاف مجلس المقر لأن الإقرار قائم به دون
القاضي ، فإذا أقر أربعة على ما وصفنا يسأل القاضي عن حاله ، لما روى أنه عليه الصلاة
والسلام قال لما عر : أباك داه ؟ أباك خيل ؟ أباك ؟ جنون ؟ فقال لا ، وبعت إلى قومه
فسألهم هل تنكرون من حاله شيئا ؟ قالوا لا ، فأمر به فرجم ، فإذا عرف صحة عقله سأله
عن الزنا لما تقدم في الشهود ، ولأحتمال أنه وطئها فيما دون الفرج واعتقده زنا ، ولأنه
صلى الله عليه وسلم قال لما عر لعلك لمست ، لعلك قبلت ، لعلك باشرت ، فلما ذكر
ما عر النون والكاف قبل إقراره ، ويسأله عن المزني بها لأنه صلى الله عليه وسلم قال
لما عر : فبمن ؟ بلحواز أنه وطئ من لا يجب الحد بوطنها كجارية الابن والجارية المشتركة
ونحوهما وهو لا يعلم ذلك ، ويسأله عن المكان لما بينا ولا يسأله عن الزمان ، لأن التقادم
لا يمنع قبول الإقرار لما بينا ، وقيل يسأله بلحواز أنه زنى حالة الصغر ، فإذا بين ذلك لزمه
الحد تمام الحجة ولما روينا . قال (وإذا رجع عن إقراره قبل الحد أَوْ فِي وَسْطِهِ خُلِّيَ
سَبِيلُهُ) لأن رجوعه إخبار يحتمل الصدق كالإقرار ولا مكذب له . فتحققت شبهة
لتعارض الإقرار بالرجوع ، بخلاف القصاص وحد القذف لأنه حق العبد فإنه يكذبه
فلا معارض للإقرار الأول . وروى : أن ما عزا لما مسه حر الحجارة هرب ، فذكر ذلك
للنبي صلى الله عليه وسلم ، فقال : هلا خليت سبيله ، فجعل الحرب الدال على الرجوع مستقلا
للحد فلأن يسقط بصريح الرجوع أولى (ويستحب للإمام أن يلقيه الرجوع كقوله له :
لعلك وطئت بشبهة ، أو قبلت ، أو لمست) لما روينا واحتياالا للرد . وروى : أنه صلى
الله عليه وسلم أتى بسارق فقال له : ما إصطاك (١) سرت ، وفيه دليل على جواز التلقين

وَحَدَّثَنَا الرَّائِي أَنَّ كَانَ مُحَصَّنًا الرَّحْمُ بِالْحِجَارَةِ حَتَّى يَمُوتَ ، يُخْرِجُ إِلَى أَرْضِهِمْ
فَضَاءً ، فَإِنَّ كَانَ ثَبَتَ بِالْبَيِّنَةِ يَتَدَيُّ الشُّهُودُ ثُمَّ الْإِمَامُ ثُمَّ النَّاسُ ، فَإِذَا
امْتَنَعَ الشُّهُودُ أَوْ بَعْضُهُمْ لَا يُرْجَمُ ،

وعلى سقوط الحدِّ بالرجوع وإلما أفاد التلقين . وإذا أقر الخصى بالزنا يحدُّ لأنه قادر
على الإبلاج لسلامة آله ، ولو أقر المحبوب لا يحدُّ لكذبه قطعاً ، وكذلك الشهادة عليهما ،
ولا يحدُّ الأخرس بالإقرار إشارة للشبهة ، وإذا أقر أنه زنى بامرأة غائبة أقيم عليه الحدُّ
استحساناً ، والقيامُ أن لا يحدُّ حتى تحضر لجواز أنها تدعى شبهة لسقوط الحدِّ . وجه
الاستحسان أن ما عزا أقرَّ بالزنا بامرأة غائبة فرجه صلى الله عليه وسلم قبل إحضارها .
المقتضى برجه إذا قتله إنسان أو قفاً عينه لاشيء عليه ، ولو قتله قبل القضاء يجب القضاء
في العمد والدية في الخطأ لأنه إنما يصير مباح الن دم بالقضاء .

فصل

(وحَدَّثَنَا الرَّائِي أَنَّ كَانَ مُحَصَّنًا الرَّحْمُ بِالْحِجَارَةِ حَتَّى يَمُوتَ) لحديث ما عر أنه صلى
الله عليه وسلم رجه وكان محصناً . وقال صلى الله عليه وسلم « لا يحدُّ دم امرئ مسلم
إلا بثلاث » وذكر منها « أو زنا بعد إحصان » والنبي صلى الله عليه وسلم رجم الغامدية .
وعن عمر رضى الله عنه أنه قال : مما أنزل الله آية الرجم - الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما
أبينة - وهذا مما قالوا إنه قرآن نسخ لفظه وبقي معناه ، وعلى ذلك إجماع العلماء : قال
(يخرج إلى أرض فضاء) كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم بما عر أمر برجه ولم يحفر له
قال (فإن كان ثبت بالبيينة يتدَيُّ الشُّهُودُ ثُمَّ الْإِمَامُ ثُمَّ النَّاسُ) لما روى عن علي رضى
الله عنه أنه بدأ برجم المهدانية لما أقرت عنده بالزنا وقال : الرجم رحمان : رجم سر ،
ورجم علانية ، فالعلانية أن يشهد على المرأة ما في بطنها ، والسر أن يشهد الشهود فترجم
الشهود ثم الإمام ثم الناس ، ولأن البداية بالشهود ضرب احتيال للذم ، لأن الشاهد قد
يتجاسر على الأداء وتتعاظم المباشرة حرمة للنفس فيرجع عن الشهادة . قال (فإذا امتنع
الشهود أو بعضهم لا يرجم) لأنه دليل رجوعهم ، وكذا إذا غابوا في ظاهر الرواية
لقوات الشرط ، وكذا إذا ماتوا أو مات بعضهم ، وكذا إذا جنوا أو فسقوا أو قذفوا
فحدوا أو أحدهم أو عوى أو خرس أو ارتد ، لأن الطارىء على الحدِّ قبل الاستيفاء
كالوجود في الابتداء كما في رجوع المقر فصار كأنهم شهدوا وهم بهذه الصفة فلا يحدُّ .
وعن أبي يوسف : إذا غاب الشهود رجم ولم ينتظروا ، وكذا إذا امتنعوا أو امتنع بعضهم
لأنه حدُّ فلا يشترط فيه مباشرة الشهود كالجلد . قلنا الجلد لا يحسنه كل أحد فربما وقع

وكان ثبت بالإقرار ابتداء الإمام "تم الناس"، وإن لم يكن محصنا فحده الجلد مائة للحر وخمسون للعبد، ويضرب بسوط لاثمرة له ضربا متوسطا يفرقه على أعضائه إلا رأسه ووجهه وقرجه،

مهلكا، ولا كذلك الرجم لأنه إتلاف. وعن محمد: إذا كانوا مرضى أو مقطوعي الأيدي ابتدئ الإمام ثم الناس لأن الامتناع إذا كان بعذر ظاهر زالت التهمة، ولا كذلك لو ماتوا لاحتمال الرجوع أو الامتناع فكان ذلك شبهة، ولا بأس لكل من روى أن يعتمد مقتله لأنه واجب القتل إلا أن يكون ذا رحم منه، فالأولى أن لا يعتمد مقتله ويولى ذلك غيره لأنه نوع من قطعية الرحم من غير حاجة. قال (وإن ثبت بالإقرار ابتداء الإمام ثم الناس) لما روى «أنه صلى الله عليه وسلم حفر للغامدية حفرة إلى صدرها وأخذ حصاة مثل الحصاة فرماها بها وقال: ارموا واتقوا الوجه، فلما طعنت أخرجها وصلى عليها وقال: لقد تابت توبت لو قسمت على أهل الحجاز لوسعهم» ولحديث على رضي الله عنه، ولا ينبغي أن يربط المرجوم ولا يمسك ولا يحفر للرجل لكنه يقام قائما ثم يرجم لأنه صلى الله عليه وسلم لم يفعل شيئا من ذلك بما عجز، وما نقل أنه هرب دليل عليه، ويفسل ويكفن ويصلى عليه لما مر من حديث الغامدية. وقال صلى الله عليه وسلم في ماعز: اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم، فقد تاب توبة لو تابها صاحب مكس! غفر له، ولقد رأيته ينغمس في أنهار الجنة» ولأنه مقتول بحق فصار كالمقتول قصاصا. قال (وإن لم يكن محصنا فحده الجلد مائة للحر وخمسون للعبد) قال تعالى - الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة - وقال تعالى في حق الإمام - فإن أتيت بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب - . قال (يضرب بسوط لاثمرة له (١) ضربا متوسطا يفرقه على أعضائه إلا رأسه ووجهه وقرجه) لأن عليا رضي الله عنه كسر ثمرة السوط لما أراد إقامة الحد به والمتوسط من الضرب بين المتلف وغير المؤلم ليحصل المقصود، وهو الانزجار ببلون الهلاك. وأما التفريق على الأعضاء لأنه إذا جمع الضرب في مكان واحد ربما أدى إلى التلف، والحد غير متلف، وليدخل الألم على كل عضو كما وصلت اللذة إليه، إلا أنه يبقى الأعضاء التي لا يؤمن فيها التلف، أو تلف ما ليس بمستحق، إذ التلف ليس بمستحق فالرأس والفرج مقتل، والوجه مكان البصر والشم. وعن عمر رضي الله عنه أنه قال للجلاد: اتق الرأس والوجه. وعن أبي يوسف أنه يضرب الرأس، فقد روى عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال: اضربوا الرأس فإن الشيطان فيه، ولأنه لا يخشى التلف بسوط وموطئ، وجوابه ما مر، وأثر الصديق ورد في حرب كان راعيا وهو مستحق القتل.

(١) قوله لاثمرة له، قال في مختار الصحاح: وثمر السياط: عقد أطرافها اه مصححه.

وَيُجَرَّدُ عَنْ ثِيَابِهِ إِلَّا الْإِزَارَ ، وَلَا تُجَرَّدُ الْمَرْأَةُ إِلَّا عَنِ الْقُرْوِ وَالْجَشْوِ ، وَإِنْ حُفِرَ لَهَا فِي الرَّجْمِ جَاوِزٌ ، وَيَضْرِبُ الرَّجُلُ قَائِمًا فِي جَمِيعِ الْخُلُودِ ، وَلَا يُجْمَعُ عَلَى الْمُحْصَنِ الْجُلْدُ وَالرَّجْمُ ، وَلَا يُجْمَعُ عَلَى غَيْرِ الْمُحْصَنِ الْجُلْدُ وَالنَّقِيُّ إِلَّا أَنْ يَرَاهُ الْإِمَامُ مُصْلَحَةً فَيَفْعَلَهُ بِمَا يَرَاهُ ،

قال (ويجرد عن ثيابه إلا الإزار) هكذا نقل عن علي رضي الله عنه ، ولأنه أبلغ في إصصال [الأم إليه ، وحد الزنا مناه على شدة الضرب فيقع أبلغ في الزجر ، ونزع الإزار يؤدي إلى كشف العورة فلا ينزع . قال (ولا تجرد المرأة إلا عن القرو والحشو) لأن مبنى حاشن على الستر ، وفي نزع ثيابها كشف صورتها ، والستر يحصل بدون الحشو والقرو ، وفيهما منع من وصول الأم فينزعان وتضرب جالسة لأنه أسرها . وعن علي رضي الله عنه : يضرب الرجال في الخلود قياماً والنساء قعوداً (وإن حفر لها في الرجم جواز) لما روي من حديث الغامدية ، وعلي رضي الله عنه حفر للهمدانية ، وإن تركه لا يضرب لأنه غير مأثور به (ويضرب الرجل قائماً في جميع الخلود) لحديث علي رضي الله عنه ، ولا يبدل ولا يشد لأنه زيادة عقوبة غير مستحقة عليه . قال (ولا يجمع على المحسن الجلد والرجم) لأنه صلى الله عليه وسلم رجم ماعزاً ولم يجلده ، ولأنه لا فائدة في الجلد ، لأن المراد من الحد الزجر وهو لا ينزجر بعد هلاكه ، وزجر غيره يحصل بالرجم إذ القتل أبلغ العقوبات ، وهو مذهب عامة العلماء . قال (ولا يجمع على غير المحسن الجلد والنقي) لقوله تعالى - الزانية والزاني فاجلدوا - الآية ، وأنه يبان لجميع الحكم لأنه كل المذكور ، أو لأنه ذكره بحرف الفاء وهو الجزاء ، فلا يزداد عليه إلا بدليل يساويه أو يرجح عليه ، إذ الزيادة على النص نسخ ، ولأن النقي يفتح عليها باب الزنا لقلة استحيائها من عشيرتها وفيه قطع المادة عنها غرباً انحلت ذلك مكسباً وفيه من الفساد ما لا يخفى ، وإليه الإشارة بقوله علي رضي الله عنه : كنى بالتغريب فتنة . وأما قوله صلى الله عليه وسلم « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » قلنا الآية متأخرة عنه ففسخه . بيانه أن الجلد في الأصل كان الإبداء لقوله تعالى - فأذوها - ثم نسخ بالحبس بقوله تعالى - فأمسكوهن في البيوت - إلى قوله - أو يجعل الله لهن سبيلاً - ثم قال صلى الله عليه وسلم « خلوا عنى قد جعل الله لهن سبيلاً » الحديث (١) فكان بياناً للسبيل الموهود في الآية ، وذلك قبل نزول آية الجلد ، فكانت ناصحة لكل ، أو نقول : هو حديث آحاد فلا يزداد به على الكتاب لما بينا . قال (إلا أن يراه الإمام مصلحة فيفعله بما يراه) فيكون سياسة وتزييراً لاحداً ، وهو تأويل ما روى من التغريب

(١) قوله الحديث ، هو قوله صلى الله عليه وسلم « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم » اهـ مصححه

وَلَا يُقِيمُ الْمَوْلَى الْحَدَّ عَلَى عَيْدِهِ إِلَّا بِإِذْنِ الْإِمَامِ ، وَإِذَا كَانَ الزَّانِي مَرِيضًا ،
فَإِنْ كَانَ مُحْصَنًا رَجِمَ ، وَإِلَّا لَا يُجْلَدُ حَتَّى يَبْرَأَ ، وَالْمَرْأَةُ الْحَامِلُ لَا تُحْدُ حَتَّى
تَضَعُ حَمْلَهَا ، فَإِنْ كَانَ حَدُّهَا الْجَلْدُ فَحَتَّى تَتَعَالَى مِنْ نَفْسِهَا ، وَإِنْ كَانَ
الرَّجْمُ فَحَتَّى يَبْقِيَ الْوِلَادَةُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلصَّغِيرِ مِنْ بُرْتِنَةٍ فَحَتَّى يَسْتَفِيئَ
عَنْهَا .

عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما ، فإنه روى عن عمر أنه
نفي رجلا فلاحق بالروم فقال : لأتني بعدها أحدا ، ولو كان النفي حدا لم يجز تركه ، قال
تعالى - ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر - فدل أنه كان
سياسة وتعزيرا ، ولأنه لو كان حدا لاشتهر بين الصحابة كسائر الحدود ، ولو اشتهر لما
اختلفوا فيه ، وقد اختلفوا لما تقدم من قول علي ورجوع عمر فدل على أنه ليس بحد ،
ولا يقام الحد في مسجد . وروى ابن عباس رضي الله عنهما قال : قال رسول الله صلى
الله عليه وسلم : لا تقام الحدود في المساجد ، وروى حكيم بن حزام قال : نهى رسول الله
صلى الله عليه وسلم أن يستقاد في المساجد أو ينشد فيها الشعر أو يقام فيها الحدود ، ولأنه
عساه يفصل منه ما ينجس المسجد ، وللإمام أن يخرج به إلى باب المسجد ويأمر من يجلبه
وهو يشاهده ، ويجوز له أن يمت بأمين ويأمره بإقامة الحد . قال صلى الله عليه وسلم
في حديث العسيف : واغدا يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها . قال (ولا يقيم
المولى الحد على عيده إلا بإذن الإمام) لأن الحد حق الله تعالى فلا يستوفيه إلا نائبه ،
وهو الإمام أو نائبه ، بخلاف التعزير لأنه حق العبد حتى جاز تعزير الصبي ، وحقوق
الشرع موضوعة عنه ، ويؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم : أربع إلى الولاية ، وعد منها
إقامة الحدود ، ولأن المولى متهم في إقامة الحد على عيده لأنه يخاف نقصان ماليته فلا يضرب
الضرب المشروع فلا تحصل مصلحة الزجر فلا يكون له ذلك . قال (وإذا كان الزاني
مريضا فإن كان محصنا رجم) لأن الإطلاف مستحق عليه فلا معنى للتأخير . قال (وإلا
لا يجلد حتى يبرأ) لأنه ربما أفضى إلى الهلاك وليس مشروعا ، ولهذا أمر صلى الله عليه وسلم
بحسم يد السارق ، ولهذا لا يقطع في البرد الشديد والحر الشديد . قال (والمرأة الحامل
لا تحدد حتى تضع حملها) لأنه يخاف من الحد هلاك ولدها البريء عن الجنابة . وروى أن
عمر رضي الله عنه هم برجم حامل ، فقال له علي رضي الله عنه : إن كان لك عليها
سبيل فلا سبيل لك على ما في بطنها فخلى عنها ، فاذا ولدت (فإن كان حدا الجلد
فحتى تتعالى من نفاسها) لأنها مريضة ضعيفة (وإن كان الرجم فحتى يولد) لأن
التأخير كان سبب الولد وقد انفصل عنها (وإن لم يكن للصغير من يريه فحتى يستغنى عنها)

وإحصانُ الرِّجَمِ : الحرِّيةُ والعقلُ والبُلُوغُ والإسلامُ والدُّخُولُ ، وَهُوَ الإِبْلَاجُ فِي الْقَبُولِ فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ وَهُمَا بِصِفَةِ الإِحْصَانِ .

لأن في ذلك صيانة الولد عن الهلاك . وروى أنه صلى الله عليه وسلم قال للغامدية لما أقرت بالزنا وهي حامل « اذهبي حتى تضعي ، فلما وضعت جاءت ، فقال لها : ارجعي حتى يستغفي ولك ، فجاءت وفي يده خبز فقالت : يا رسول الله هذا ولدي قد استغفى ، فأمر بها فرجتم » وبجس المريض حتى يبرأ والحامل حتى تضع إن ثبت بالبيئة مخافة أن تهرب ، وإن ثبت بالإقرار لا يجبس لأن الرجوع عنه صحيح فلا فائدة في الحبس ، والنبي صلى الله عليه وسلم لم يجبس الغامدية ، ولو قالت الزانية : أنا حبل يربها النساء ، فإن قلن هي حبل حبسها ستين ثم رجمها ، وهذا التقادم لا يمنع الإقامة لأنه بعلر ، ولو كان من عليه الحد ضعيف الخلقة يخاف عليه الهلاك لو ضرب شديدا يضرب مقدار ما يتحمله من الضرب . قال (وإحصان الرِّجَمِ : الحرية والعقل والبُلُوغُ والإسلام والدُّخُولُ ، وهو الإِبْلَاجُ فِي الْقَبُولِ فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ وَهُمَا بِصِفَةِ الإِحْصَانِ) أما الحرية فلقوله تعالى - فعلين نصف ماعلى المحصنات من العذاب - أوجب عليهن عقوبة تنصف والرجم لا ينصف فلا يجب على الإمام ، وأما العقل والبُلُوغُ لأنه لا خطاب بلونهما ، وأما الإسلام فلقوله صلى الله عليه وسلم « من أشرك بالله فليس بمحصن » وما روى أنه صلى الله عليه وسلم رجم يهوديين فانما رجمهما بحكم التوراة والقصة مشهورة . وأما النكاح الصحيح والدخول فلقوله صلى الله عليه وسلم « البكر بالبكر جلد مائة » والبكر اسم لمن لم يتزوج ولأن به يتوصل إلى الوطء الحلال ، وإنما يشترط الدخول لقوله صلى الله عليه وسلم « الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة » والثيب هو الواطئ في النكاح الحلال في القبل ، ولأن هذه نعم متوافرة متكاملة صادة له عن الفاحشة فكانت جنائيه عند وجودها متغلظة ، فإن الجنابة والمعصية عند تكامل نعم المنم أقيح وأفحش فيناسب تغليظ العقوبة في حقه . وأما كونهما على صفة الإحصان فلأن كل وطء لا يوجب إحصان أحد الواطئين لا يوجب إحصان الآخر كالمملوكين والمجنونين . وصورته : لو تزوج بأمة أو صبية أو مجنونة أو كافرة ودخل بها لم يصرمحصنا ، وكذا لو كانت حرة عاقلة بالغة وهو عبد أو صبي أو مجنون لاتصير محصنة إلا إذا دخل بها بعد الإسلام والعق والبُلُوغُ والإفاقة ، فحينئذ يصير محصنا بهذه الإصابة لا بما قبلها ، لأن نعم الزوجية لا تتكامل مع هؤلاء ، لأن هذه للمعاني تنفر الطباع إما لعداوة الدين أو لذل الرق أو لعدم العقل أو لنقصانه وعدم ميل الصبية إليه فلا تغلظ جنائيه . وعن أبي يوسف أنه لا يشترط الدخول على صفة الإحصان ، وعنه أن الوطء إذا حصل قبل العتق ثم اعتقا صارا محصنين بالوطء الأول . ولجواب عن الأول أن كل وطء لا يوجب إحصان أحدهما

وَيُثَبِّتُ الْإِحْصَانَ بِالْإِقْرَارِ ، أَوْ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ ، أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا وَلَدٌ مَعْرُوفٌ .

فصل

وَمَنْ وَطِئَ جَارِيَةً وَلَدِهِ وَإِنْ سَقَلَ وَقَالَ : عَلِمْتُ أَنَّهَا عَلَى حَرَامٍ ، أَوْ وَطِئَ جَارِيَةَ أَبِيهِ وَإِنْ عَلَا أَوْ أُمَّهُ أَوْ زَوْجَتَهُ أَوْ سَيِّدَهُ أَوْ مُعْتَدَتَهُ عَنْ ثَلَاثٍ وَقَالَ : ظَنَنْتُ أَنَّهَا حَلَالٌ لَمْ يُحَدِّدْ ، وَلَوْ قَالَ : عَلِمْتُ أَنَّهَا حَرَامٌ حُدِّدَ ، وَفِي جَارِيَةِ الْأَخِ وَالْعَمِّ يُحَدِّدُ بِكُلِّ حَالٍ ،

لا يوجب إحصان الآخر كما بينا . وعن الأخرى أن كل وطء لا يوجب الإحصان عند وجوده لا يوجب في الثاني من الزمان كوطء المولى . وعن أبي يوسف إذا دخل بامرأته ثم جن أو صار معتوها ثم أفاق لا يكون محصنا حتى يدخل بها بعد الإفاقة ، لأن الإحصان الأول بطل فلا يثبت إحصان مستأنف إلا بدخول مستأنف . قال (ويثبت الإحصان بالإقرار) لأنه غير متهم في حق نفسه (أو بشهادة رجلين ، أو رجل وامرأتين) لأن الإحصان ليس حلة لوجوب الرجم لأنه عبارة عن خصال حميدة وأوصاف جميلة وذلك لا أثر له في العقوبة فلا يشترط لثبوته ما يشترط لوجوب الرجم ، وإنما الإحصان شرط محض (وكذلك إن كان بينهما ولد معروف) لأنه دليل ظاهر على الدخول في النكاح الصحيح وذلك يثبت به الإحصان ؛ ويكنى في الإحصان أن يقول الشهود دخل بها . وقال محمد : لا بد أن يقولوا باضمعها أو جامعها ، لأن الدخول مشترك فلا يثبت الإحصان بالشك . ولهما أن الدخول حتى أضيف إلى المرأة بحرف الباء لا يراد به إلا الجماع . قال تعالى - فإن لم تكونوا دخلتم بها - والمراد الجماع ، ولو دخل بامرأة ثم طلقها وقال وطئتها وأنكرت صار محصنا ولا تكون محصنة لمحدودها ، وكذا لو قالت بعد الطلاق : كنت نصرانية ، وقال : كانت حرة مسلمة ، وإذا كان أحدهما محصنا دون الآخر خص كل واحد بمحله ، لأن جنابة أحدهما أخف والآخر أغلظ ، فإذا اختلفا في الجنابة اختلفا في موجبها ضرورة .

فصل

(ومن وطئ جارية ولده وإن سفل وقال : علمت أنها على حرام ، أو وطئ جارية أبيه وإن علَا أَوْ أُمَّهُ أَوْ زَوْجَتَهُ أَوْ سَيِّدَهُ أَوْ مُعْتَدَتَهُ عَنْ ثَلَاثٍ وَقَالَ : ظَنَنْتُ أَنَّهَا حَلَالٌ لَمْ يُحَدِّدْ ، وَلَوْ قَالَ : عَلِمْتُ أَنَّهَا حَرَامٌ حُدِّدَ ، وَفِي جَارِيَةِ الْأَخِ وَالْعَمِّ يُحَدِّدُ بِكُلِّ حَالٍ) والأصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم « ادعوا الخلود بالشبهات » .

وَكُتُوْا اسْتَاْجَرَ امْرَاَةً لِّيَزْنِيْ بِهَا وَزَنِيَ بِهَا ، اَوْ وَطِئَ اُجْنَبِيَّةً فِيْهَا دُوْنَ الْقَرْجِ ، اَوْ لَاطَ فَلَاحِدٌ عَلَيْهِ وَيَعْزُرُ ،

ثم الشبهة أنواع : شبهة في المحل ، وشبهة في الفعل ، وهي شبهة الاشتباه ، وشبهة في العقد . أما الشبهة في المحل فهو أن يطلأ جارية ابنه أو عبده المأذون المديون أو مكاتبه ، أو وطئ البائع الجارية المبيعة يباعا فاسدا قبل القبض ويعد ، أو كان بشرط الخيار ، أو وطئ الجارية التي جعلها صداقا قبل التسليم ، أو وطئ المبانة بالكنايات في عدتها ، أو وطئ الجارية المشتركة فانه لا يجب الحذف في جميع هذه الصور . وإن قال : علمت أنها حرام لأن الشبهة في الملك وهو المحل موجودة سواء علم بالتحريم أو لم يعلم . وأما شبهة الفعل ففيها إذا وطئ جارية أبيه أو أمه أو جارية زوجته والمطلقة ثلاثا أو على مال في العدة أو أم ولد بعد العتق في العدة أو جارية مولا ، والمرتهن يطلأ جارية الرهن في إحدى الروايتين ، وفي رواية يجب الحذف ، فإن قال ظننت أنها حلال لاحد عليه ، وإن قال : علمت أنها حرام حد لأنه ظن أن الفعل مباح له كما يباح له الانتفاع بماله ، أو له نوع حق في المحل ببقاء العدة فظن أن ذلك يبيع وطأها فكان ظنه مستندا إلى دليل فكان شبهة في ذم الحذف إذا ادعى المحل ، وبدون الدعوى انعدمت الشبهة ولا يثبت النسب وإن ادعاه لأنه زنا محض ، لأن سقوط الحذف لاشتباه الأمر عليه لالشبهة في نفس الأمر ، فإن حضرا فقال أحدهما : ظننت أنه حلال لاحد على واحد منهما حتى يقرأ جميعا بالحزمة ، لأن أحدهما إذا ادعى الشبهة خرج فعله عن أن يكون زنا فخرج فعل الآخر فسقط الحذف عنهما ، ولو وطئ الجارية المستأجرة أو المستعارة أو جارية أخيه أو عمه أو ذى رحم محرم غير الولاد حد في الوجهين جميعا لأنه لم يستند ظنه إلى شبهة صحيحة لأنه لا يحل له الانتفاع بمال هؤلاء ، وملك المنفعة لا يكون سببا للملك المنفعة بمال . وأما شبهة العقد بأن وطئ امرأة تزوجها بغير شهود أو أمة بغير إذن مولاهما أو تزوج العبد بغير إذن مولاه ، أو أمة على حرة لاحد عليه ، ولو تزوج مجوسية أو خمسة في عقدة ، أو جمع بين أختين أو تزوج بمحارمه فوطئها فانه لا يحد عند أبي حنيفة رحمه الله ، وإن قال علمت أنها على حرام . وعندهما يحد إذا كان عالما بالحزمة لأنه عقد لم يصادف محله ، لأن محله ما ثبت فيه حكمه . وحكمه المحل وهو غير ثابت بالإجماع فصار كإضافة العقد إلى الذكر . ولأبي حنيفة أنه عقد صادف محله ، لأن محله ما هو صالح لحصول المقصود ، والمقصود من النكاح التوالد والتناسل والأئني من الآدميات قابلة لذلك ، وقضيته ثبوت المحل أيضا إلا أنه تقاعد عنه فأورث شبهة وأنها تكن لسقوط الحذف إلا أنه يجب عليه التعزير ويوجب عقوبة لأنه ارتكب جنائية ليس فيها حد مقد ر فيعزر . قال (ولو استأجر امرأة ليزني بها وزني بها أو وطئ أجنبية فيا دون القرج ، أو لاط فلاحد عليه ويعزر

وَلَوْ زُفَّتْ إِلَيْهِ غَيْرُ امْرَأَتِهِ فَوَطَّئَهَا لَا يَحُدُّ وَعَلَيْهِ الْمَهْرُ ، وَلَوْ وَجَدَ عَلَى
فِرَاشِهِ امْرَأَةً فَوَطَّئَهَا حُدًّا ، وَالزَّنا فِي دَارِ الْحَرْبِ وَالْبَغْيِ لَا يُوجِبُ الْحُدَّ ،

وقالا : يحد في المسائل كلها . لهما في الإجارة أن منافع البضع لامتلك بالإجارة فصار
وجود الإجارة وعدمها سواء ، فصار كأنه وطئها من غير شرط . وله ما روى أن امرأة
استسقت راعيا لبنا فأبى أن يسقيها حتى تمكنه من نفسها ففعلت ، ثم رفع الأمر إلى عمر
رضي الله عنه ، فدرأ الحد عنهما وقال ذلك مهرها ، ولأن الإجارة تملك المنافع ، ومنافع
البضع منافع فأورث شبه وصار كالمثمة . ولهما في اللواط أنها كالزنا لأنها قضاء الشهوة
في محل مشتهى على وجه الكمال وقد تمحض حراما فيجب الحد كالزنا ، والصحابة رضی
الله عنهم أجمعوا على وجوب الحد فيها ، لكن اختلفوا فيه . قال أبو بكر : يمرق بالنار .
وقال علي : عليه حد الزنا . وقال بعضهم : يحبس في أنثن موضع حتى يموت . وقال
بعضهم : يهدم عليهما جدار . وقال ابن عباس رضي الله عنهما : ينكس من مكان مرتفع .
وله أنه لا يسمى زنا لغة ولا شرعا ، لأن كل واحد منهما اختص باسم ، وأنه ينفي الاشتراك
كاسم الحمار والفرس فلا يكون زنا فلا يلحق بالزنا في الحد ، إذ الحدود لا تثبت قياسا ،
ولأنه لا يوجب المال بحال مَّا فلا يتعلق به الحد كما إذا فعل فيها دون السبيلين ، ولأنه
لو كان زنا لما اختلفت الصحابة رضي الله عنهم في حده ، فإن حد الزنا منصوب عليه
في محكم القرآن ومتواتر السنة ، وليس هو في معنى الزنا لأنه ليس فيه إضاعة الولد ولا
اشتباه الأنساب فلا يلحق به . وقوله صلى الله عليه وسلم « اقتلوا الفاعل والمفعول به »
محمول على الاستحلال أو السياسة لوجوب القتل مطلقا من غير اشتراط الإحصان ، ويجب
التعزير عند أبي حنيفة رحمه الله لما قلنا ، ويسجن زيادة في العقوبة لفظ الجنابة . وأما وطء
الأجنبية فيما دون الفرج ، فإن كان في الدبر فهو كاللواط حكما واختلافا وتعليلا ، وإن
كان فيما دون السبيلين فإنه يعزَّر بالإجماع . قال (ولو زفت إليه غير امرأته فوطئها لا يحد
وعليه المهر) بذلك حكم عمر رضي الله عنه ، ولأن الرجل لا يعرف امرأته أول مرة إلا
بإخبار النساء فقد اعتمد دليلا ، لأن الملك ثابت من حيث الظاهر بإخبارهن ، ولا يحد
قاذفه لأن الملك معلوم حقيقة . قال (ولو وجد على فراشه امرأة فوطئها حد) لأنه يمكنه
معرفة زوجته بكلامها وصوتها وجسها وحركتها ومساها ، فإذا لم يتفحص عن ذلك لم يعتبر
بخلاف ما تقدم ، وكذلك الأعمى إلا إذا دعاها فقالت أنا زوجتك لأنه اعتمد إخبارها
وهو دليل ، ولو أجابته ولم تقل أنا فلانة حد ، لأنه يمكنه التفحص بالسؤال وغيره ،
لأن الجواب قد يكون من غير من ناداها فيجب عليه التفحص عن حالها . قال (والزنا
في دار الحرب والبغى لا يوجب الحد) إذ المقصود هو الانزجار وهو غير حاصل لانقطاع

وَوَاطِئُ الْبَيْمَةِ يَعْزُرُ ، وَلَوْ زَنَى بِصَبِيَّةٍ أَوْ مَجْنُونَةٍ حُدَّ ، وَلَوْ طَاوَعَتِ الْعَاقِلَةُ
الْبَالِغَةُ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا لَا يُحْدُ . وَأَكْثَرُ التَّعْزِيرِ تِسْعَةٌ وَثَلَاثُونَ سَوْطًا ،
وَأَقْلَهُ ثَلَاثَةٌ ، وَالتَّعْزِيرُ أَشَدُّ الضَّرْبِ ، ثُمَّ حَدُّ الزَّنا ، ثُمَّ حَدُّ الشَّرْبِ ، ثُمَّ
حَدُّ الْقَذْفِ .

الولاية ، لأنه إذا لم ينعقد موجبا لا ينقلب موجبا ، حتى لو غزا الإمام أو من له ولاية الإقامة
فإنه يقيم الحد عليهم لأهم تحت ولايته . قال (وواطئ البيمة يعزر) لأنه ليس بزنا ولا
معناه فلا يجب الحد فيعزر لما بيننا . وذكر ابن سماعه عن أصحابنا رحمهم الله أن كل ما لا يؤكل
لحمه يحرق بالنار ، لما روى أبو يوسف بإسناده إلى عمر رضى الله عنه أنه أتى برجل وقع
على بيمة فعزّره وأمر بالبيمة فلبحت وأحرقت بالنار ، وإن كان مما يؤكل تذبح وتؤكل
ولا تحرق ، وقالا : يحرق أيضا هذا إذا كانت البيمة للقاعل ، فإن كانت لغيره يطالب
صاحبها أن يدفعها إليه بقيمتها ثم يذبحها ، وهذا إنما يعرف سماعا لا قياسا . قال (ولو زنى
بصبية أو مجنونة حد) خاصة (ولو طاوعت العاقلة البالغة صبييا أو مجنونا لا يحْد) والفرق
أن الحد يجب على الرجل بفعل الزنا ، وعلى المرأة بالتمكين من الزنا ، والمأخوذ في حد
الزنا الحرمة المحضة . وذلك غير موجود في فعل الصبي لعدم مخاطبة نحوه ، فلا يكون فعلها
تمكينا من الزنا فلا يجب الحد ، وفعل العاقل البالغ تمحض حراما فوجب عليه الحد ، ولم
يجب على الصبية والمجنونة لعدم التكليف ، قال (وأكثر التعزير تسعة وثلاثون سوطا ،
وأقله ثلاثة) وقيل ما يراه الإمام ، وقيل بقدر الجنائية ، والأصل أن يعزّره بما ينزجر به
في أكبر رأيه لاختلاف طبع الناس في ذلك ، وإن رأى الإمام أن يضمّ الحليس إلى التعزير
فعل ، لأنه يصلح زاجرا حتى يكتفى به وقد ورد الشرع به . وقال أبو يوسف : أكثره
خمس وسبعون سوطا ، وفي رواية تسعة وسبعون ، والأصل في ذلك قوله صلى الله عليه
وسلم « من بلغ حدّا في غير حدّ فهو من المعتدين » فهما اعتبرا أدنى الحدّ ، وهو حدّ
العبد في الشرب والقذف وهو أربعون فتقصا منه سوطا ، وأبو يوسف اعتبر الأقلّ من
حدّ الأحرار وهو ثمانون فتقص عنه خمسة في رواية ، وهو مأثور عن عليّ رضى الله
عنه ، وفي رواية سوطا ، وهو قول زفر ، وهو القياس ، لأنه نقصان حقيقة ، وتعزير
العبد أكثره خمسة وثلاثون عند أبي يوسف فلا يبلغ في تعزيره حدّ العبد ، ولا في تعزير
الحرّ حدّ الأحرار . قال (والتعزير أشدّ الضرب) لأنه خفف من جهة العدد فيثقل من جهة
الوصف كيلا يفوت المقصود وهو الانترجار ، ولهذا قلنا لا يفرق على الأعضاء . قال (ثم
حدّ الزنا) لأنه ثبت بدليل مقطوع به وهو الكتاب ، ولأنه أعظم جريمة حتى وجب فيه
الرجم . قال (ثم حدّ الشرب) لأن سببه متيقن به . قال (ثم حدّ القذف) لأن سببه

باب حد القذف

وَهُوَ ثَمَانُونَ سَوْطًا لِلْحَرِّ وَأَرْبَعُونَ لِلْعَبْدِ ، وَيَجِبُ يَقْذِفُ الْمُحْصَنَ بِصَرِيحِ الزَّنا ، وَيَجِبُ إِقَامَتُهُ بِطَلَبِ الْمُقْذُوفِ ، وَيُفَرَّقُ عَلَيْهِ وَلَا يُتْرَعُ عَنْهُ إِلَّا الْقَرْوُ وَالْحَشْوُ ، وَيُثَبَّتُ بِأَقْرَارِهِ مَرَّةً وَاحِدَةً ، وَبِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ ، وَلَا يَبْطُلُ بِالتَّقَادُمِ وَالرُّجُوعِ . وَإِحْصَانُ الْقَذْفِ : الْعَقْلُ وَالْبُلُوغُ وَالْحُرِّيَّةُ وَالْإِسْلَامُ وَالْعِفَّةُ عَنِ الزَّنا ؛

محتمل ، لأنه يحتمل صدق القاذف ، والله أعلم .

باب حد القذف

القذف في اللغة : الرى مطلقا ، ومنه القذافة والقذيفة : للمقلاع الذى يرمى به ، وقولهم بين قاذف وقاذف : أى رام بالحصى وحاذف بالعصى ، والقاذف : النراى ، ومنه الحديث « كان عند عائشة رضى الله عنها قيتان تغنيان بما تقاذف فيه الأنصار من الأشعار يوم بغاث » أى تشامت ، وفيه معنى الرى ، لأن الشّم رى بما يعيه ويشينه ، وهو فى الشرع : رى مخصوص ، وهو الرى بالزنا ، ومنه الحديث : إن هلال بن أمية قذف زوجته : أى رماها بالزنى وقد تكرر فى الحديث وفيه الحد (وهو ثمانون سوطا للحر ، وأربعون للعبد ، ويجب بقذف المحصن بصريح الزنا) لقوله تعالى - والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة - . والمراد بالرى القذف بالزنا إجماعا ، ويتنصف فى العبد لما مر (ويجب إقامته بطلب المقلوف) لما فيه من حقه وهو دفع العار عنه ، وصريح الزنا قوله : يا زانى أو زנית ، أو يا ابن الزانية ، ولو قال : يا ابن الزنى فهو قذف معناه : أنت متولد من الزنا ، ويجب الحد بأى لسان قذفه ، ويجب عند عجز القاذف عن إقامة أربعة شهود على صدق مقالته فيضرب ثمانين وتردّ شهادته أبدا لما تلونا من صريح النص . قال (ويفرق عليه) لما مرّ فى الزنا (ولا ينزع عنه إلا القرو والحشو) لأن سببه غير مقطوع به ، ولما ينزع عنه القرو والحشو لأنه يمنع إصبال الأكم إليه . قال (ويثبت بأقراره مَرَّةً واحدة وبشهادة رجلين) كما فى سائر الحقوق على مامرّ فى الشهادات (ولا يبطل بالتقادم والرجوع) لتعلق نقيّ العبد به لما مرّ فى حد الزنا . قال (وإحصان القذف : العقل والبلوغ والحرية والإسلام والعفة عن الزنا) أما الحرية والإسلام فلما مرّ فى حدّ الزنا ، وأما العقل والبلوغ فلاّن الصبّ والمجنون لا يلحقهما العار لعدم تحقق فعل الزنا منهما ، وأما العفة فلاّن غير العفيف لا يلحقه العار ، ولأن حدّ القذف يجب جزاء

رَمَنْ قَالَ لِغَيْرِهِ : يَا ابْنَ الزَّانِيَةِ ، أَوْ لَسْتَ لِأَيِّكَ حَدٌّ ، وَلَا يُطَالِبُ
بِقَذْفِ الْمَيْتِ إِلَّا مَنْ يَقَعُ الْقَدْحُ بِقَذْفِهِ فِي نَسَبِهِ ، وَلَيْسَ لِلْإِبْنِ وَالْعَبْدِ
أَنْ يُطَالِبَ أَبَاهُ أَوْ سَيِّدَهُ بِقَذْفِ أُمِّهِ الْحُرَّةِ . وَمَنْ وَطِئَ وَطْئًا حَرَامًا فِي غَيْرِ
مِلْكِهِ وَالْمَلَاعِنَةُ بِوَكْدِهِ لَا يُحْدُثُ قَاذِفُهُمَا ، وَإِنْ لَاعَنَتْ بِغَيْرِ وَكْدٍ حَدٌّ ،

على الكذب والقاذف لغير العفيف صادق . قال (ومن قال لغيره : يا ابن الزانية ، أو لست
لأييك حد) لأنه صريح في القذف ، لأن قوله لست لأييك كقوله يا ابن الزانية ، ولو نفاى
عن جده أو نسبه إليه أو إلى خاله أو عمه أو زوج أمه ، أو قال يا ابن ماء السماء لم يحد ،
لأن نفيه عن جده صدق ونسبه إليه وإلى هؤلاء مجاز عادة وشعرا . قال الله تعالى - وإله
آبائكم إبراهيم وإسماعيل - وإبراهيم جده وإسماعيل عمه ، وقوله يا ابن ماء السماء يراد به
التشبيه في السحابة والصفاة وطهارة الأصل ، حتى لو كان رجلا اسمه ماء السماء وأراد
نسبه إليه فهو قذف ؛ ومن قال لغيره : لست بابن فلان ، إن كان في حالة الغضب حد
لأنه يراد به السب ، وإن لم يكن في حالة الغضب لا يحد ، لأنه يراد به المعاتبة عادة لنفي
شبهه لأبيه في الكرم والمروءة ؛ ولو قال لامرأة : زينت بحمار أو بثوب لا يحد ؛ ولو قال :
زينت بلراهم وبثوب أو بناقعة حد ، لأن معناه زينت وأخذت هذا ، وفي الرجل لا يحد
في جميع ذلك لأن الرجل لا يأخذ المال على الزنا عرفا ، ولو قال لأجنبية : يا زانية ،
فقات : زينت بلب لا يحد الرجل لتصديقها وتحذ المرأة لقذفها الرجل . قال (ولا يطالب
بقذف الميت إلا من يقع القدح بقذفه في نسبه) لأن العار يلحقهم للجزيئة ، ويحد بقذف
أصوله دون فروعه فيثبت للولد وولد الولد وإن كان كافرا أو عبدا ، لأن الشرط إحصان
الذي ينسب إلى الزنا حتى يقع تعييرا كاملا ثم يرجع هذا التعبير إلى ولده ، والرق والكفر
لا ينافيان أهلية الاستحقاق ، بخلاف ما إذا وقع القذف ابتداء للكافر والعبد ، لأنه لم يوجد
التعير كاملا على ما بينا . وعن محمد ليس لولد البنت طلب الحد بقذف جده أبي أمه ،
لأن نسبته إلى غيره ، وجوابه أن العار يلحقه كما يلحق ولد الابن فكانوا سواء . ومن
قذف امرأة ميتة فصدقه بعض الورثة يحد للباقيين ، لأن قذف الأم تناول الكل فكان
بمثلة ما لو قذف الكل فصدقه البعض دون البعض فانه يحد لمن لم يصدقه . قال (وليس
للابن والعبد أن يطالب أباه أو سيده بقذف أمه الحرة) لأن الأب لا يعاقب بسبب ابنه ولا
السيد بسبب عبده حتى لا يقتلان بهما . قال (ومن وطئ وطئا حراما في غير ملكه والملاهة
بولد لا يحد قاذفهما) لقوات العفة ، وكذا إذا قذف امرأة معها أولاد لا يعرف لهم أب .
لأن ذلك أمانة الزنا (وإن لاعتن بغير ولد حد) لعدم أمانة الزنا .

اعلم أنه إن وطئ وطئا حراما فلا يخلو إما إن كان حراما لعينه أو لغيره ؛ أما إن كان

والمستأمنُ مُحْدَثٌ بالقذفِ ، وإذا مات المُقْدُوفُ بطلَ الحَدِّ ، ولا يُورَثُ ، ولا يصحُّ العفوُ عنه ولا الاعتياضُ .

حراما لعينه سقط إحصانه لأنه زنا ولا يحدّ قاذفه ، وإن كان حراما لغيره لا يسقط إحصانه ويحدّ قاذفه لأنه ليس بزنا ، فالوطء في غير الملك من كل وجه أو من وجه حرام لعينه وكذا الوطء في ملكه والحُرمة مؤبّدة ، وإن كانت مؤقتة فالحرمة لغيره . وعند أبي حنيفة يشترط للحرمة المؤبّدة الإجماع أو الحديث المشهور . بيان ذلك في صور المسائل وهي :
الوطء بالنكاح الفاسد والأمة المستحقة والإكراه على الزنا والمجنون والمطوعة والحرمة بالمصاهرة بالوطء ووطء الأب جارية ابنه ، ففي هذه المسائل يسقط الإحصان ولا يحدّ قاذفه لأنه حرام لعينه وإن لم يأنم إما للجهل أو للإكراه ، بخلاف ثبوت المصاهرة بالتقبيل والمسّ لأن كثيرا من الفقهاء لا يرون ذلك محرّما ، ولا نصّ في إثبات الحرمة ، بل هو نوع احتياط لإقامة للسبب مقام المسبب فلا يسقط الإحصان الثابت بيقين بالشك . وذكر في المحيط عن أبي يوسف ومحمد يسقط إحصانه لأنها حرمة مؤبّدة عندهما ، وجوابه ما مرّ بخلاف الوطء لأن فيه نصا ، وهو قوله تعالى - ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء إلا ما قد سلف - وقد قام الدليل على أن النكاح حقيقة في الوطء ولا اعتبار للاختلاف مع صريح النصّ . وأما الحرمة المؤبّدة في الملك الأخت من الرضاع والجارية المشتركة فإنما يسقط الإحصان لأنه ينافي ملك المتعة فيكون الوطء واقعا في غير الملك فيصير له شبه بالزنا . والحرمة المؤقتة كالمجوسية والحائض والمظاهر منها والحرمة باليمين والأمة المنكوحة والمعتدة من غيره ووطء الأختين بملك اليمين والمكاتب والمشتراة شراء فاسدا فلا يسقط الإحصان ، لأن مع قيام الملك في المحلّ لا يكون الفعل زنا ولا في معناه والحرمة على شرف الزوال . ومن قذف كافرا زنى في حالة الكفر لا يحدّ لأن زناه في الكفر حرام ، ولو قذف مكاتبا مات عن وفاء لا يحدّ لوقوع الاختلاف في حرّيته ، ولو قذف مجوسيا تزوّج بأمة ودخل عليها ثم أسلم حدّ عند أبي حنيفة خلافا لهما بناء على أن له حكم الصحة عنده خلافا لهما وقد مرّ في النكاح . قال (والمستأمن يحدّ بالقذف) لما فيه من حقّ العبد وقد التزم إيفاء حقوق العباد . وكان أبو حنيفة يقول أولا : لا يحدّ لغلبة حقّ الله تعالى واختار الأول ، ولا يحدّ في الخمر بالإجماع لأنه يرى حله . وأما حدّ الزنا والسرقة ، قال أبو يوسف : يحدّ فيها كالذمي ، ولهذا يقتصر منه بالإجماع ولا يحدّ فيها عندهما لأنه لا يلزمه إلا ما التزم وهو إنمّا التزم حقوق العباد ضرورة التمكن من المعاوضات والرجوع إلى بلده ، ولم يلزم حقوق الله تعالى ، بخلاف القصاص فانه حقّ العباد . قال (وإذا مات المقتول بطل الحدّ) ولو مات بعد ما أقيم بعض الحدّ بطل الباقي (ولا يورث ، ولا يصحّ العفو عنه ولا الاعتياض)

وَمَنْ قَالَ: مُسْلِمٌ: يَأْفَاقِي، أَوْ يَأْخِيثُ، أَوْ يَأْكَافِرُ، أَوْ يَأْسَارِقُ، أَوْ يَأْخُنُّ عَزْرَهُ، وَكَذَلِكَ يَأْخَرُ يَأْخِزُ إِنْ كَانَ قَعِيًّا أَوْ عَكْوِيًّا. وَمَنْ حَدَّثَهُ الْإِمَامُ أَوْ عَزْرَهُ قَتَلَهُ هَدْرًا. وَالزَّوْجُ أَنْ يُعْزَرَ زَوْجَتَهُ حَتَّى تَرُكَ الزَّيْنَةَ، وَتَرُكَ إِجَابَتَهُ إِلَى فِرَاشِهِ، وَتَرُكَ غَسْلَ الْحَنَابَةِ، وَعَلَى الْخُرُوجِ مِنَ الْمَنْزِلِ، وَمَنْ سَرَقَ، أَوْ زَنَى، أَوْ شَرِبَ غَيْرَ مَرَّةٍ فَحَدَّ فَهُوَ لِلْكَلِّ.

ولذلك جرى فيه التداخل، وهذا بناء على أن الغالب فيه حق الشرع، ولا خلاف أن فيه حق العبد والشرع، لأنه شرع للفتح العار عن المقلوف وهو المنتفع به وفيه معنى الزجر ولأجله يسمى حدًا، والمراد بالزجر إخلاء العالم عن الفساد، وهذا آية حق الشرع، ثم اختلفوا في الغالب فيهما، فأصحابنا غلبوا حق الشرع، لأن حق العبد يتولاه مولاه فيصير حق العبد مستوفى ضمنا لحق المولى، ولا كذلك بالعكس، إذ لا ولاية للعبد على استيفاء حق الشرع إلا بطريق النيابة.

فصل

(ومن قال لمسلم: يا فاسق، أو يا خبيث، أو يا كافر، أو يا سارق، أو يا مخنث جزًا) لأنه آذاه بذلك وألحق به الشين، والحدود لا تثبت قياسا فوجب التهذيب لينزجر عن ذلك ويعتبر غيره. وفي المبرد عن أبي حنيفة: يا شارب الخمر، يا خائن يعزَّر، وكذلك لو قال: أنت تأوى اللصوص، أو تأوى الزواني لما بينا (وكذلك يا حمار يا خنزير إن كان قعيا أو علويا) وكذلك يا ثور يا كلب لأنه يلحقه بذلك الأذى دون الجاهل العاقل. وقيل: يعزَّر في حق الكل في عرفنا لأنهم صاروا يعملونه سبًا. وقيل لا يعزَّر في حق الكل لأننا نتقنا بغيه فما لحقه به شين، وإنما لحق القاذف شين الكذب، ولأنه إنما يشبه بهله الأشياء لسوء خلقه أو قبح خلقه وليس ذلك بمعصية. رجل زنا بامرأة ميتة يعزَّر. قال (ومن حدَّه الإمام أو عزَّره قاتل فهو هدر) لأنه مأمور من جهة الشرع فلا يتقيد بالسلامة كالفصاد، أو نقول: استوفى حق الله تعالى بأمره فكان الله تعالى أمانته بغير واسطة فلا يجب الضمان. قال (والزوج أن يعزَّر زوجته على ترك الزينة) إذا أَرادها (وترك إجابته إلى فراشه، وترك غسل الحنابة، وعلى الخروج من المنزل) لأنه يجب عليها طاعته وطاعة الله تعالى فتعزَّر على المخالفة. قال (ومن سرق، أو زنى، أو شرب غير مرة فحدَّ فهو للكل) لأن المقصود الانزجار وأنه يَحْتَمِلُ حصوله بالأوَّل فيتمكن في الثاني شبهة عدم المقصود فلا يجب؛ أما لو زنى وشرب وسرق فانه يجب لكل واحد حدَّ على حدة، لأنه لو ضرب لأحدهما ربما اعتقد أنه لاحد في الباقي فلا ينزجر عنها، ولا كذلك إذا اتحدت الجنات،

باب حد الشرب

وَهُوَ كَحَدِّ الزَّانَا كَيْفِيَّةً ، وَحَدِّ الْقَذْفِ كَمِّيَّةً وَثُبُوتًا ، غَيْرُ أَنَّهُ يُبْطَلُ بِالرَّجُوعِ وَالْتِقَادِ فِي الْبَيِّنَةِ وَالْإِقْرَارِ ، وَالتَّقَادُّمُ بِذِهَابِ السُّكْرِ وَالرَّائِحَةِ ،

ولو أقيم على الفاذف تسعة وسبعون سوطا فقذف آخر لم يضرب إلا ذلك السوط للتداخل ، فإنه مما يتداخل لغلبة حق الشرع ، ولأن المقصود إظهار كذبه ليندفع به العار عن المذنب ، وذلك يحصل في حقهما بالسوط الواحد . وإذا اجتمع حد الزنا والسرقة والشرب والقذف وفقء العين ، يبدأ بالفقء لكونه خالص حق العبد ، وحق العبد مقدم لحاجته واستغناء الله تعالى ، ويحبس حتى يبرأ ، فإذا برأ يحد للقذف لما فيه من حق العبد ، ويحبس حتى يبرأ ، لأنه لو جمع بين حدين ربما تلف ، والتلف ليس بواجب ، فإذا برأ غللاهما إن شاء بدأ بالقطف ، وإن شاء يحد الزنا لاستوائهما في الثبوت ، وآخرها حد الشرب لأنه ثبت بإجماع الصحابة رضي الله عنهم ، فكان دون ما ثبت بالكتاب ، وإن كان محصنا بدأ بالفقء ، ثم حد القذف ، ثم الرجم ، ويسقط الباقي لأن القتل يأتي على النفس فيؤدى إلى إسقاط بعض الحدود وقبأ أمرنا بذلك ، وإن كان مع ذلك قتل ضرب للقلب ثم يضمن بالسرقة ثم قتل وسقط عنه الباقي ، نقل ذلك عن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم .

باب حد الشرب

الأصل في وجوبه قوله صلى الله عليه وسلم « من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه » (وهو كحد الزنا كيفية ، وحد القذف كمية وثبوتا) فيجرد من ثيابه كما في حد الزنا ، ويفرق على أعضائه لما مر . وعن محمد أنه لا يجرد تخفيفا . عن حد الزنا . قلنا : ثبت التخفيف في العدد فلا يخفف ثانيا ، وعدده ثمانون سوطا في الحر بإجماع الصحابة رضي الله عنهم ، وأربعون في العبد لأن الرق منصف ، ويثبت بأقراره مرة واحدة وبشهادة رجلين كحد القذف (غير أنه يبطل بالرجوع والتقدم في البينة والإقرار) وعن أبي يوسف يشترط الإقرار مرتين على ما يأتي في السرقة . قال (والتقدم بذهاب السكر والرائحة) فلو أقر بعد ذهاب ريحها أو شهد عليه بعد السكر وذهاب الرائحة لم يحد . وقال محمد : يحد بالتقدم يمنع قبول الشهادة بالإجماع ، غير أن محمدا قدره بالزمان كائنا ، لأن التأخير يتحقق بمضي الزمان والرائحة مشتبهة ، وعندهما مقدار بزوال الرائحة ، لأن حد الشرب إنما ثبت بإجماع الصحابة رضي الله عنهم ، ولا إجماع بلون رأى ابن مسعود رضي الله عنه ،

فَلَوْ أَخَذَ وَرَيْحُهَا تَوَجَدَ مِنْهُ فَلَمَّا وَصَلَ إِلَى الْإِمَامِ انْقَطَعَتْ لِبُعْدِ الْمَسَافَةِ حَدٌّ ، وَيُحَدُّ بِشَرْبِ قَطْرَةٍ مِنَ الْخَمْرِ ، وَبِالسَّكْرِ مِنَ التَّبْيِيدِ ، وَالسَّكْرَانُ مَنْ لَا يَعْرِفُ الرَّجُلَ مِنَ الْمَرَأَةِ ، وَالْأَرْضَ مِنَ السَّمَاءِ ، وَلَا يُحَدُّ حَتَّى يُعْلَمَ أَنَّهُ سَكِرَ مِنَ التَّبْيِيدِ وَشَرِبَهُ طَوْعًا ، وَلَا يُحَدُّ حَتَّى يَزُولَ عَنْهُ السُّكْرُ ، وَلَا يُحَدُّ مَنْ وَجِدَ مِنْهُ رَائِحَةُ الْخَمْرِ أَوْ تَقْيَاهَا .

فانه شرط وجود الرائحة ، لما روى أن رجلا جاء باين أخ له إلى عبد الله بن مسعود فاعترف عند بشرب الخمر ، فقال له ابن مسعود : بشس ولى اليتيم أنت لأادبته صغيرا ولا سرت عليه كبيرا ؟ تتلوه (١) ومزمزوه (٢) ثم استنكهوه (٣) ، فان وجدتم رائحة الخمر فاجلوه ، شرط وجود الرائحة فيكون شرطا (فلو أخذ وريحها توجد منه فلما وصل إلى الإمام انقطعت لبعد المسافة حد) في قولهم جميعا لأنه عذر فلا يعد تقادما كما قلنا في حد الزنا ، ولا يحُدُّ السكران باقراره على نفسه لزيادة احتمال الكذب فتمكنت الشبهة ، ويسقط بخلاف حد التقذف لأن فيه حق العبد ، والسكران فيه كالصاحي كسائر تصرفاته عقوبة له . قال (ويحدُّ بشرب قطرة من الخمر ، وبالسكر من التبيد) لقوله صلى الله عليه وسلم « حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب » ولإطلاق قوله صلى الله عليه وسلم « من شرب الخمر فاجلوه » وعليه إجماع الصحابة رضى الله عنهم (والسكران من لا يعرف الرجل من المرأة والأرض من السماء) وقالوا : هو الذى يخلط كلامه ويهلى لأنه المتعارف بين الناس وهو اختيار أكثر المشايخ ، وأبو حنيفة يأخذ في أسباب الحدود بأقصاها درما للحد ، وأقصاه الغلبة على العقل حتى لا يميز بين الأشياء ، لأنه متى ميز فذلك دلالة الصحو أو بعضه وأنه ضد السكر ، ففى ثبت أحدهما أو شيء منه لا يثبت الآخر (ولا يحُدُّ حتى يعلم أنه سكر من التبيد وشربه طوعا) لأن السكر يكون من المباحات كالبنج ولبن الرماك وغيرهما وذلك لا يوجب الحد ، وكذلك الشرب مكرها لا يوجب الحد فلذلك شرط ذلك . قال (ولا يحُدُّ حتى يزول عنه السكر) ليتألم بالضرب فيحصل مصلحة الزجر . قال (ولا يحُدُّ من وجد منه رائحة الخمر أو تقياها) لأن الرائحة مشبهة واحتمال أنه شربها مكرها ثابت والحدود لا تجب بالشك ، والله أعلم .

(١) قوله تتلوه ، وفي رواية أخرى ترتزوه بالراء . والتلثة والترترة : التحريك .

(٢) المزمزة : التحريك بعنف .

(٣) قال في مختار الصحاح : واستنكهه فنكه في وجهه من ياب ضرب وقطع : إذا أمره بأن ينكه ليعلم أشارب هو . أم لا .

كتاب الأشربة

المَحْرَمُ مِنْهَا الْخَمْرُ وَهِيَ النَّيْءُ مِنْ مَاءِ الْعَيْبِ إِذَا غَلَا وَاشْتَدَّ وَقَدْ قَ بِالزَّيْدِ . الثَّانِي الْعَصِيرُ إِذَا طَبِخَ فَذَهَبَ أَقْلُ مِنْ ثُلَاثِهِ وَهُوَ الطَّلَاءُ ، وَإِنْ ذَهَبَ نِصْفُهُ فَلانْتَصَفَ . الثَّالِثُ السَّكْرُ ، وَهُوَ النَّيْءُ مِنْ مَاءِ الرُّطْبِ إِذَا غَلَا كَذَلِكَ .

كتاب الأشربة

وهي جمع شراب ، وهو كل مائع رقيق يشرب ولا يتأق في المضغ محرماً كان أو حلالاً ، وهي تستخرج من العنب والزبيب والتمر والحبوب ، ومنها حرام ومنها حلال ، (فالْمَحْرَمُ منها الخمر ، وهي التي من ماء العنب إذا غلا واشتد وقذف بالزبد) وعندهما لا يشترط القذف بالزبد لأنه يسمى خراً ببلونه ، ولأن المؤثر في فساد العقل وتغطيته هو الاشتداد . ولأن حيفاً أن السكون أصل في العصير ، وما بقي شيء من آثاره فالحكم له ، وأحكام الشرع قطعية فلا يحكم بكونه خراً مع وجود شيء من آثار العصير للمغايرة بينهما ، ولأن الثابت لا يزول إلا بيقين ، فما بقي شيء من آثار العصير لا يثبت بالحمية . وأما حرمتها فبالكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقوله تعالى - إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس - والرجس : الحرام لعينه . والسنة قوله صلى الله عليه وسلم « حرمت الخمر لعينها » وقد تواتر تحريمها عن النبي صلى الله عليه وسلم وعليه إجماع الأمة ، ويتعلق بها أحكام أخرى : منها أنه يكفر مستحلها لثبوت حرمتها بدليل مقطوع به ، ومنها أن نجاستها مغلظة لثبوتها بالدليل القطعي ، ومنها أنها لا قيمة لها في حق المسلم حتى لا يجوز بيعها ولا يضمن غاصبها ولا متلفها لأن ذلك دليل عزتها ، وتحريمها دليل إهانتها . وقال صلى الله عليه وسلم « إن الذي حرّم شربها حرّم بيعها وأكل ثمنها » ومنها حرمة الانتفاع بها لنجاستها ، ولأن في الانتفاع بها تفريها ، والله تعالى يقول - فاجتنبوه - ، ومنها أنه يحسد بشرب القليل منها على ما بينا في بابها ، ومنها أن الطبخ لا يجلها ، لأن الطبخ في العصير يمنع الحرمة ولا يرفعها . ومنها جواز تحليلها على ما يأتي إن شاء الله تعالى . (الثاني العصير إذا طبخ فذهب أقل من ثلثه وهو الطلاء) وقيل إذا ذهب ثلثه فهو الطلاء (وإن ذهب نصفه فالتنصف) وإن طبخ أدنى طبخة فالباذق والكل حرام إذا غلا واشتد وقذف بالزبد على الاختلاف لأنه رقيق لذيد مطرب يجتمع الفساق عليه فيحرم شربه دفعا لما يتعلق به من الفساد . (الثالث السكر ، وهو الذي من ماء الرطب إذا غلا كذلك) قال صلى الله عليه وسلم « الخمر من

الرابع : نقيع الزبيب ، وهو الذي من ماء الزبيب إذا غلا واشتد كذلك ، وحرمة هذه الأشربة دون حرمة الخمر فيجوز بيعها وتفتش بالإنلاف ، ولا يحد شاربها حتى يسكر ، ولا يكفر مستحلها ، وتبيذ التمر والزبيب إذا طبخ أدنى طبخة حلال ، وإن اشتد إذا شرب ما لم يسكر من غير لغو . وعصير العنب إذا طبخ قد هب ثلثاه حلال ، وإن اشتد إذا قصد به التفتوى ، وإن قصد به التلهي فحرام .

هاتين الشترتين وأشار إلى الكرم والنخلة ، وعليه إجماع الصحابة رضى الله عنهم . (الرابع) نقيع الزبيب ، وهو الذي من ماء الزبيب إذا غلا واشتد كذلك) على الخلاف حرام أيضا لما روينا وبيننا (وحرمة هذه الأشربة دون حرمة الخمر) لأن حرمة الخمر قطعية على ما مر ، وحرمة هذه اجتهادية (فيجوز بيعها وتضمن بالإنلاف) خلافا لما لأنها حرام فلا يجوز بيعها كالخمر . وعن أبي يوسف : أنه يجوز بيعها وتضمن بالإنلاف إذا ذهب بالطبخ أكثر من ثلثه . ولأبي حنيفة أنه مال متقوم ، وما دل الدليل على سقوط نعمونها بخلاف الخمر ، ثم يجب بالإنلاف عنده القيمة دون المثل لأنه ممنوع من الانتفاع بها للحرمة (ولا يحد شاربها حتى يسكر ولا يكفر مستحلها) لما بينا . وعن أبي يوسف : ما كان من الأشربة يبقى بعد ما يبلغ : أى اشتد عشرة أيام لا يفسد ، أى لا يحمض فأنى أكرهه ، لأن بقاءه هذه المدة دليل قوته وشدة فكان آية حرمة ، روى ذلك عن ابن عباس رضى الله عنهما ، ثم رجع إلى قول أبي حنيفة . قال (وتبيذ التمر والزبيب إذا طبخ أدنى طبخة حلال ، وإن اشتد إذا شرب ما لم يسكر من غير لغو) ولا طرب (و) كذلك (عصير العنب إذا طبخ فذهب ثلثاه حلال ، وإن اشتد إذا قصد به التفتوى ، وإن قصد التلهي فحرام) وقال محمد : حرام ، وعنه مثل قولهما ، وعنه التوقف فيه . له قوله صلى الله عليه وسلم « كل مسكر حرام » وقوله « ما أسكر كثيره فقليله حرام » وقياسا على الخمر . لما قوله عليه الصلاة والسلام « حرمت الخمر لعينها قليلها وكثيرها . والسكر من كل شراب » خص السكر من غير الخمر بالتحريم ، فمن عم بالتحريم السكر وغيره فقد خالف النص ، وما رواه من الأحاديث طعن فيه يحيى بن معين . ذكره عبد الغنى المقدسى فى كتابه ، ولأن عامة الصحابة رضى الله عنهم خالفوه ، فدل على عدم صحته ، أو هو محمول على الشرب المسكر والتلهي ، أو نقول : المسكر هو التذخ الأخير فنقول بالموجب ، ولأن حرمة قليل الخمر يدعو إلى كثيره لرقته ولطافته فأعطى حكمه . وليس كذلك الثلث لأن قليله لا يدعو إلى كثيره وهو غذاء فلا يحرم . وروى الطحاوى بإسناده إلى ابن عمر رضى الله عنهما « أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بتبيذ فشمه فقطب وجهه

وَتَبْيِذَ الْعَسَلِ وَالتِّينَ وَالْحَنْظَلَةَ وَالشَّعِيرَ وَالذَّرَّةَ حَلَالٌ طَبِخَ أَوْ لَا ؛ وَفِي حَدِّ
السَّكَرَانِ مِنْهُ رِوَايَتَانِ ؛ وَيُكْرَهُ شَرْبُ دِرْدَى الْخَمْرِ وَالْإِمْتِشَاطُ بِهِ . وَلَا
بَأْسَ بِالْإِنْتِزَاقِ فِي الدِّبَاءِ وَالْحَنْتَمِ وَالْمَرْقَتِ وَالنَّقِيرِ ، وَخَلَّ الْخَمْرُ حَلَالٌ سِوَاهُ
تَحَلَّلَتْ أَوْ خَلَّتْ .

لشدته ، ثم دعا بجماء فصبه عليه وشرب منه وقال : إذا اغتلمت (١) عليكم هذه الأشربة
فاقطعوا متونها (١) بالماء . وفي رواية « أنه لما قطب قال رجل : أحرام هو ؟ قال لا »
وهذا نص في الباب . وعن ابن أبي ليلى قال : أشهد على البدرين من أصحاب رسول الله
صلى الله عليه وسلم أنهم كانوا يشربون النبيذ في الجرار الخضر ، وقد نقل ذلك عن أكثر
الصحابة رضي الله عنهم ومشاهيرهم قولاً وفعلاً حتى قال أبو حنيفة : إنه مما يجب اعتقاد
حله لئلا يؤدي إلى تفسيق الصحابة رضي الله عنهم ، والمثلث إذا صب عليه الماء حتى
رق ثم طبخ لا يتغير حكمه ، لأن صب الماء يزيده ضعفاً ، بخلاف ما إذا صب الماء على
العصير فطبخ حتى ذهب ثلثا الجميع ، لأن الماء يذهب أولاً للطافته أو يذهب منهما فلا
يكون الذاهب ثلثي العصير . قال (ونبيذ العسل والتين والحنطة والشعير والذرة حلال
طبخ أولاً) إذا لم يشرب للهو والطرب ، لقوله صلى الله عليه وسلم « الخمر من هاتين
الشجرتين » والمراد بين الحكم ، ولأن قليله لا يدعو إلى كثيره . وعن محمد أنه حرام ،
ويقع طلاق السكران منه كفره من الأشربة المحرمة ، وجوابه ما مر (وفي حد السكران
منه روايتان) والأصح أنه يحد ، لأن في بعض البلاد يجتمع الفساق عليه اجتماعهم على
الخمر وفوقه ، وعلى هذا المتخذ من الألبان ، ثم قيل : يجب أن لا يجل لبن الرماك عند
أبي حنيفة اعتباراً بلحمها ، إذ هو متولد منه ، وجوابه أن كراهة اللحم لاحترامه ، أو لما
في إباحته من تقليل آلة الجهاد فلا يتعدى إلى لبنه . قال (ويكره شرب دردى الخمر
والإمتمشاط به) لأنه من أجزاء الخمر ، ولا يحد شاربها ما لم يسكر لأنه ناقص ، إذ الطباع
السليمة تكرهه وتنبو عنه ، وقليله لا يدعو إلى كثيره فصار كثير الخمر . قال (ولا بأس
بالانتباز في الدبء والحنتم والمزفت والنقير) لقوله صلى الله عليه وسلم « كنت نهيتمكم عن
الانتباز في الدبء والحنتم والمزفت والنقير ، ألا فاتنبوا فيها واشربوا في كل ظرف ، فإن
الظرف لا يجل شيئاً ولا يحرّمه ، ولا تشربوا المسكر » . قال (وخل الخمر حلال سواء
تحلّت أو خلّت) لقوله صلى الله عليه وسلم « نعم الأدم الخل » مطلقاً ، وقال صلى الله عليه
وسلم « خير خلقكم خل خمركم » ولأن التخليل يزيل الوصف المفسد ويثبت وصف الصلاحية

(١) قال في المنجد : اغتلم الشراب : اشتدّت صورته .

(٢) متونها : أي شدتها .

كتاب السرقة

وهي أخذُ العاقلِ البالغِ نصاباً محرزاً ، أو ما قيمته نصاباً ملكاً للغير
لاشبهة له فيه على وجه الحفية .

لأن فيه مصلحة قمع الصفراء والتغذي ومصالح كثيرة ، وإذا زال المفسد الموجب للحرمة
حلت كما إذا تخللت بنفسها ، وإذا تخللت طهر الإناء أيضا ، لأن جميع ما فيه من أجزاء
الخمير يتخلل إلا ما كان منه خاليا عن الخلل فقليل يظهر تبعا ، وقيل يفسل بالخلل ليظهر
لأنه يتخلل من ساعته ، وكذا لو صب منه الخلل ، فإخلا طهر من ساعته ، ومن خاف
على نفسه الهلاك من العطش ولم يجد إلا خرا فله أن يشرب منها ما يأمن به من الموت ثم
يكف ، لأن الله تعالى أباح للمضطّر أكل الميتة والدّم ولحم الخنزير ، والخمر مثلها
في التحريم فتكون مثلها في الإباحة عند الاضطرار ، فإذا أُن على نفسه زالت الضرورة
وهو خوف الهلاك عاد التحريم ، وإذا وجدت الخمير في دار لإنسان وعليها قوم جلسوا
مجالس من يشربها ولم يهرم أحد يشربونها عزّروا ، لأنهم ارتكبوا أمرا محظورا وجلسوا
مجلسا منكرا ، وكذلك من وجد معه آنية خر عزّر لأنه ارتكب محظورا .

كتاب السرقة

(وهي) في اللغة : أخذ الشيء على سبيل الخفية والاستسرار بغير إذن المالك ، سواء
كان المأخوذ مالا أو غير مال ، ومنه استراق السمع ، قال الله تعالى - إلا من استرق
السمع فأتبعه - وسرقة الشاعر المعنى وسرقة الصنعة ونحوه . وفي الشرع (أخذ العاقل البالغ
نصاباً محرزاً ، أو ما قيمته نصاباً ملكاً للغير لاشبهة له فيه على وجه الحفية) والمعنى اللغوي
مراعى فيه ابتداء وانتهاء ، أو ابتداء في بعض الصور كما إذا نقب البيت خفية وأخذ المال
مكابرة أو ذلك يكون ليلا ، لأنه ربما أحسوا به فكابروا وأخذوا ولا غوث بالليل فيقطع ،
أما النهار لو فعل ذلك لا يقطع لأنه يلحقهم الغوث فلا يمكنه ذلك ، فيشترط الحفية ليلا
ونهارا فهي مسارقة عين المالك أو من يقوم مقامه ؛ وفي قطع الطريق وهي السرقة الكبرى
مسارقة عين الإمام وأعوانه لأنه المصدّي لحفظ الطريق بأعوانه ، لأن الأموال إنما تصير
مصونة بحرمة حفظ الإمام وحمايته . والأصل في وجوب القطع قوله تعالى - والسارق
والسارقة فاقتطعا أيديهما - . وقرأ ابن مسعود رضي الله عنه : فاقتطعوا أيديهما ، وقوله
تعالى - إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا - الآية ، وقال
صلى الله عليه وسلم « من سرق قطعناه » ورفع إليه صلى الله عليه وسلم سارق فقطعه .

وَالنَّصَابُ دِينَارٌ أَوْ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ مَضْرُوبَةٌ مِنَ النِّقْعَةِ .

ولإجماع الأمة على وجوب القطع وإن اختلفوا في مقدار النصاب ، ولأن المال محبوب إلى النفوس تميل إليه الطباع البشرية خصوصاً عند الحاجة والضرورة ، ومن الناس من لا يردعه عقل ، ولا يمنعه نقل ، ولا تزجرهم الديانة ، ولا تردّهم المروعة والأمانة ، فلولوا الزواجر الشرعية من القطع والصلب ونحوهما لبادروا إلى أخذ الأموال مكابرة على وجه المجاهرة ، أو خفية على وجه الامتسار ، وفيه من الفساد ما لا يخفى ، فناسب شروع هذه الزواجر في حق المستسرّ والمكابر في سرقي الصغرى والكبرى حسماً لباب الفساد وإصلاحاً لأحوال العباد ، والعبد والحُرّ في القطع سواء لإطلاق النصوص ، ولأن القطع لا ينتصف فيكمل في العبد صيانة لأموال الناس ؛ ولا بد من العقل والبلوغ لأن القطع شرع زاجراً عن الجنابة ، ولا جنابة من الصبي والمجنون . وأما اشتراط النصاب فلما روى أن اليد كانت لا تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا في ثمن المجنّ . وعن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه ، ولأنه لا بدّ من اعتبار مال له خطر لتتحقق الرغبة فيه فيجب الزجر عنه ؛ أما الحقر لا تتحقق الرغبة فيه فلا حاجة إلى الزجر عنه ، ولا بدّ أن يكون عمرزا لأنه عليه الصلاة والسلام لم يوجب القطع في حريسة الجبل : أى ما يحرس بالجبل لعدم الحرز ؛ ولا بدّ أن يكون غير مأذون له بالدخول فيها ، لأن بالإذن يخرج من أن يكون حرزا في حقه ، ويشترط أن يكون ملكاً للغير لاشبهة له فيه ، لأن السلود تلدأ بالشبهات على مامرّ ، وتكون على سبيل الخفية لأن السرقة لا تكون على الجهر على مامرّ . قال (والنصاب دينار أو عشرة دراهم مضروبة من النقرة) لقوله صلى الله عليه وسلم « لا قطع في أقلّ من عشرة دراهم » وما روى أن القطع كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن إلا في ثمن المجنّ ، فقد نقل عن ابن عباس وابن أمّ أيمن قالا : كانت قيمة المجنّ الذي قطع فيه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم ، ونقل أقلّ من عشرة دراهم ؛ والأخذ بالأكثر أولى احتيالا للردء ، وفي الأقلّ شبهة عدم الجنابة . وروى عن أبي يوسف ومحمد : أنه لا يقطع في عشرة دراهم تبر ما لم تكن مضروبة . وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه يعتبر قيمته بنقد البلد . وروى الحسن عنه : إذا سرق عشرة دراهم مما يروج بين الناس قطع ، فعلى هذا إذا كان الثبر رائجا بين الناس قطع . وروى الحسن عنه أيضا : لو سرق أحد عشر درهما لا تروج ، فإن كانت تساوى عشرة وأتجة قطع ، وإلا فلا ؛ وقوله أو ما قيمته عشرة دراهم ، دليل على أن غير الدراهم تعتبر قيمته بالدراهم وإن كان ذهباً . وروى بشر عن محمد : لو سرق نصف دينار

وَالْحَرْزُ يَكُونُ بِالْحَافِظِ وَبِالْمَكَانِ كَالدُّورِ وَالْبُيُوتِ وَالْحَانُوتِ ، وَلَا يُعْتَبَرُ فِيهِ الْحَافِظُ . وَإِذَا سُرِقَ مِنَ الْحَمَامِ لَيْلًا قُطِعَ ، وَبِالنَّهَارِ لَا وَإِنْ كَانَ صَاحِبُهُ عِنْدَهُ ، وَالْمَسْجِدُ وَالصَّحْرَاءُ حَرْزُ الْحَافِظِ ،

قيمته عشرة دراهم قطعت ، وإن سرق ديناراً قيمته أقل من عشرة دراهم لأقطعه . ثم حرز كل شيء على حسب ما يليق به . قال عليه الصلاة والسلام « فإذا آواه الجرين (١) يعني البيدر فقيه القطع ، وقال عليه الصلاة والسلام « لا تقطع في حريسة الجبل ، وما آواه المراح (٢) ففيه القطع » أى موضع يروحون منه . قال (والحرز يكون بالحافظ وبالمكان) لأن الحرز ما يصير به المال محرزاً عن أيدي اللصوص وذلك بما ذكرنا ، فالحافظ كمن جلس في الصحراء أو في المسجد أو في الطريق وعنده متاعه فهو محرز به ، وسواء كان نائماً أو مستيقظاً ، أما إذا كان مستيقظاً فظاهر ، وأما إذا كان نائماً فلما روى « أنه عليه الصلاة والسلام قطع سارق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد » وسواء كان المتاع منته أو عنده ، لأنه يعدّ حافظاً له في ذلك كله عرفاً ، والحرز بالمكان هو ما أعدّ للحفظ (كاللور والبيوت والحانوت) والصندوق ونحوه (ولا يعتبر فيه الحافظ) لأنه محرز بدونه ، وهو المكان الذى أعدّ للحفظ ، إلا أن القطع لا يجب بالأخذ من الحرز بالمكان إلا بالإخراج منه ، لأن يد المالك قائمة ما لم يخرج ، والحرز بالحافظ يجب القطع كما أخذه ، لأن يد المالك زالت بمجرد الأخذ فتمت السرقة . ولو كان باب الدار مفتوحاً فدخل نهاراً وأخذ متاعاً لم يقطع ، لأنه مكابرة وليس بسرقة لعدم الاستسرار على ما بينا ، وإن دخل ليلاً قطع لأنه حرز لأنه بنى للحرز ، ولو دخل بين الشاء والتمتعة والناس منتشرون فهو بمنزلة النهار ، ولو علم صاحب الدار باللصّ واللصّ لا يعلم به أو بالعكس قطع لأنه مستخفّ ، وإن علم كل واحد بالآخر لا يقطع لأنه مكابر . قال (وإذا سرق من الحمام ليلاً قطع ، وبالنهار لا وإن كان صاحبه عنده) لأنه مأذون له بالدخول فيه نهاراً فاختلّ الحرز ، ويقطع ليلاً لأنه بنى للحرز ، وما اعتاد الناس من دخول الحمام بمض الليل فهو كالنهار لوجود الإذن ، وعلى هذا كل حرز أذن بالدخول فيه كالحانات وحوانيت التجار والضييف ونحوهم . قال (والمسجد والصحراء حرز بالحافظ) لأن الصحراء ليس بحرز ، والمسجد ما بنى للحفظ والإحراز ، فلو سرق منه وصاحبه عنده يحفظه قطع لوجود السرقة ، بخلاف الحمام والحرز الذى أذن بالدخول فيه حيث لا يقطع وإن كان صاحبه عنده ، لأنه بنى الإحراز فلا يعتبر فيه الحافظ لما مرّ .

(١) الجرين : موضع التمر الذى يخفف فيه .

(٢) هو المكان الذى تأوى إليه المشاة ليلاً .

وَالْجَوَالِقُ وَالْفُسْطَاطُ كَالْبَيْتِ ، فَإِنْ سَرَقَ الْفُسْطَاطُ وَالْجَوَالِقُ لَا يُقَطَّعُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ كُهُمَا حَافِظٌ ، وَلِهَذَا قَالُوا : لَا يُقَطَّعُ النَّبَاشُ ، وَتَثْبُتُ السَّرْقَةُ بِمَا يَثْبُتُ بِهِ الْقَذْفُ ، وَيَسْأَلُ الشُّهُودُ عَنْ كَيْفِيَّتِهَا وَزَمَانِهَا وَمَكَانِهَا وَمَاهِيَّتِهَا ، وَلَا بَدْءَ مِنْ حُضُورِ الْمَسْرُوقِ مِنْهُ عِنْدَ الْإِقْرَارِ وَالشَّهَادَةِ وَالْقَطْعِ . وَإِذَا دَخَلَ جَمَاعَةٌ الْحَرْزَ وَتَوَلَّى بَعْضُهُمُ الْأَخْذَ قُطِعُوا إِنْ أَصَابَ كُلُّ وَاحِدٍ نِصَابًا ،

قال (والجوالق (١) والفسطاط (٢) كالبيت) لأنه عمل للحفظ (فإن سرق الفسطاط والجوالق لا يقطع) لأنهما ليسا في حرز وإن كان حرزا لما فيهما (إلا أن يكون لهما حافظ) فيقطع لوجود الحرز ، وقال أصحابنا : ما كان حرزا لنوع فهو حرز لجميع الأنواع حتى جعلوا شريعة البقال (٣) حرزا للجواهر لأنه يحرز خلقها الدراهم والدنانير (ولهذا قالوا : لا يقطع النباش) لأن القبر ليس يحرز لغير الكفن فلا يكون حرزا للكفن . قال (وتثبت السرقة بما يثبت به القذف) يعني بالإقرار مرة وبشهادة شاهدين كسائر الحقوق وقد تقدم . وقال أبو يوسف : لا بد من إقراره مرتين لأنه إحدى الحجتين فيعتبر فيها الثانية كالأخرى وهي البيعة كما في الزنا وحده الشرب على هذا الخلاف . ولما أن السرقة والشرب ثبت بالمرة الواحدة فلا حاجة إلى الأخرى كالقصاص ، وحده القذف والثنية في الشهادة منصوص عليه ، ولأنه يفيد تقليل تهمة الكذب ، ولا كذلك الإقرار لأنه لا تهمة فيه واشترط الزيادة في الزنا على خلاف القياس فيقتصر على مورد النص ؛ وينبغي أن يلحق المقر الرجوع احتيالا للدرء ، فقد روى « أنه عليه الصلاة والسلام أتى بسارق فقال له : أسرفت ؟ ما إخاله سرق » وإذا رجع عن الإقرار صح في القطع لأنه خالص حق الله تعالى ولا مكذب له فيه ، ولا يصح في المال لأن صاحبه يكذبه . قال (ويسأل الشهود عن كیفيتها وزمانها ومكانها وماهيها) لأنه يلتبس على كثير من الناس فيسأل عنه احتياطا في الحدود . قال (ولا بد من حضور المسروق منه عند الإقرار والشهادة والقطع) حتى لا يقطع ما لم يصدقه ، لأن حقه متعلق بالسرقة حتى لا يثبت بدون دعواه ، ولا احتمال أن يبهه المسروق أو يملكه فيسقط القطع ، فإذا حضر انتفى هذا الاحتمال . قال (وإذا دخل جماعة الحرز وتولى بعضهم الأخذ قطعوا إن أصاب كل واحد نصاب) لوجود السرقة

(١) الجوالق : ما يعرف بين العامة بالفرازة .

(٢) الفسطاط : بيت الشعر .

(٣) قوله شريعة البقال . قال في المنجد : الشريعة : جديلة من القصب تجعل على باب الدكاكين اهـ .

وإن نَقَبَ فأَدْخَلَ يَدَهُ وأَخْرَجَ المتاعَ ، أو دَخَلَ فَنَاقَلَ المتاعَ أَخْرَجَ من خَارِجٍ كَمْ يَنْقُطِعُ ، وإن أَلْقَاهُ فِي الطَّرِيقِ ثُمَّ أَخَذَهُ قُطِعَ . وَلَوْ حَمَلَهُ عَلَى حِمَارٍ وَسَاقَهُ قُطِعَ ، وإن أَدْخَلَ يَدَهُ فِي صُنْدُوقِ الصَّيْرِفِيِّ أو كَمٍّ غَيْرِهِ وَأَخَذَ قُطِعَ .

من كل واحد منهم ، لأن الأخذ وجد من الكل معنى للمعاونة كما في قطع الطريق وصار كالردء والمعين ، وإن كان أقل من نصاب لم يقطع ، لأن القطع يجب على كل واحد بيمينته فيعتبر كالماء في حقه . قال (وإن نقب فأدخل يده وأخرج المتاع ، أو دخل فناول المتاع آخر من خارج لم يقطع) أما الأولى فلائنه لم يوجد الهتك على وجه الكمال وهو الدخول فصار فيه شبهة العدم فلا يجب الحد . وأما الثانية فلائنه الداخل لم يخرج المتاع لاعتراض يد معتبرة عليه قبل إخراجها ، والخارج لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد منهما . وعن أبي يوسف : القطع في الأولى لأن المقصود من السرقة إخراج المال من الحرز وقد وجد ، فصار كما إذا أدخل يده في صندوق الصيرفي وأخرج التراب منه ، وفي المسئلة الثانية إن أخرج الداخل يده وناولها الخارج قطع الداخل ، وإن أدخل الخارج يده فتناولها من الداخل قطعاً وهي بناء على الأولى . وجوابه أن كمال هتك حرمة الحرز بالدخول فيه وهو ممكن معتاد ، ولم يوجد بخلاف الصندوق لأن الممكن فيه إدخال يده فيه دون دخوله . قال (وإن ألقاه في الطريق ثم أخذه قطع) وقال زفر : لا يقطع : لأن الإلقاء لا يوجب القطع كما لو لم يأخذه ، وبالأخذ من الطريق لا يقطع كما لو أخذه غيره . ولنا أنه لم يعترض عليه فعل آخر فاعتبر الكل فعلاً واحداً ، ولأن ذلك عادة اللصوص ، لأنه يتعدّ زخروجههم بالمتاع فيفعلوا ذلك أو يفعلونه ليضربوا للدفع لو ظهر عليهم أو للهرب فكان من تمام السرقة ، بخلاف ما إذا ألقاه ولم يأخذه لأنه مضيع لاسارق (و) كذلك (لو حمله على حمار وساقه قطع) لأن مشيه مضاف إليه ، ولو خرج قبل الحمار ثم خرج الحمار بعده وجاء إلى منزله لم يقطع ولو علق على طائر له وتركه في المنزل فطار بعد ذلك إلى منزله لم يقطع لأنه مختار في ذلك ، ولو طرح المتاع في نهر في الدار فذهب به الماء وأخرجه لا قطع عليه لأن الماء أخرجه بقوة حتى أو لم يكن له قوة وحركه هو حتى أخرجه قطع لأنه مضاف إلى فعله . قال (وإن أدخل يده في صندوق الصيرفي أو كَمٍّ غَيْرِهِ وَأَخَذَ قُطِعَ) لأنه حرز ، أما الصندوق فحرز بنفسه على ما بينا ، وأما الكَمِّ فحرز بالحفاظ فيقطع .

وَلَا قَطَعَ فِيهَا يُوجَدُ تَافَهَا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ : كَالْحَطَبِ وَالسَّمَكِ وَالصَّيْدِ وَالطَّيْرِ وَالنُّورَةِ وَالزَّرْنِیَخِ وَنَحْوَهَا ، وَلَا مَا يَتَسَارَعُ إِلَيْهِ الْفَسَادُ : كَالْفَوَاكِهِ الرُّطْبَةِ وَاللَّبَنِ وَاللَّحْمِ ، وَلَا مَا يَتَأَوَّلُ فِيهِ الْإِنْكَارُ : كَالْأَشْرِبَةِ الْمَطْرَبَةِ ، وَآلَاتِ اللَّهْوِ وَالْتَّرَدُّ وَالشُّطْرَنْجِ ، وَصَلِيبِ الذَّهَبِ ، وَلَا فِي سَرَقَةِ الْمُصْحَفِ الْمُحَلَّى ، وَالصَّبِيِّ الْحَرِّ الْمُحَلَّى :

فصل

(وَلَا قَطَعَ فِيهَا يُوجَدُ تَافَهَا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ : كَالْحَطَبِ وَالسَّمَكِ وَالصَّيْدِ وَالطَّيْرِ وَالنُّورَةِ وَالزَّرْنِیَخِ وَنَحْوَهَا) لحديث عائشة رضی الله عنها « إن اليد كانت لا تقطع على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام في الشيء التافه » وهو الحقيق ، وهو مباح في الأصل بصورته ، حقير لقلة الرغبات فيه ، ولهذا لا يجري فيه الشح والفضة ، وما كان كذلك لا يؤخذ على كره من المالك عادة فلا حاجة إلى الزاجر كما قلنا فيما دون النصاب ، وما فيها من الشركة العامة في الأصل يوجب الشبهة . وقال عليه الصلاة والسلام « لا تقطع في الطير » ويعم جميع الطيور حتى الدجاج والبط ، ويدخل في السمك الملح والطرى . قال (ولا ما يتسارع إليه الفساد : كالفواكه الرطبة واللبن واللحم) لقوله عليه الصلاة والسلام « لا تقطع في الطعام » قالوا : معناه « ما يتسارع إليه الفساد لأنه يقطع في الحبوب والسكر إجماعاً » وقال عليه الصلاة والسلام « لا تقطع في ثمر ولا كثر » قال محمد : الثمر ما كان على رموس النخل ، والكثر : الجمار . وقال عليه الصلاة والسلام « لا تقطع في الثمار » وما آواه الحريز ففيه القطع وهو موضع تجمع فيه الثمار إذا صرمت ، والذي يجمع عادة هو اليابس . قال (وَلَا مَا يَتَأَوَّلُ فِيهِ الْإِنْكَارُ : كَالْأَشْرِبَةِ الْمَطْرَبَةِ وَآلَاتِ اللَّهْوِ وَالْتَّرَدُّ وَالشُّطْرَنْجِ وَصَلِيبِ الذَّهَبِ) لأنه يصدق دعواه في تأويله الإنكار لأنه ظاهر حال المسلم ، بل يجب عليه ذلك لأنه نهى عن المنكر . قال (وَلَا فِي سَرَقَةِ الْمُصْحَفِ الْحَلَّى) وعن أبي يوسف أنه يقطع إذا بلغت الخلية نصيباً لأنها ليست من المصحف فاعتبرت بانفرادها . ولنا أنه يتأول في القراءة ، ولأن الإحراز لأجل المكتوب ولا مالية له وما وراءه تبع كالجلد والورق والخلية ولا عبرة بالتبع ، والأصل أنه متى اجتمع ما يجب فيه القطع وما لا يجب لا يقطع كالشراب وماء الورد في إناء ذهب أو فضة ، لأنه اجتمع دليلاً القطع وعدمه فأورث شبهة ، حتى لو شرب ما في الإناء في الدار ثم أخرج الإناء من الدار فارغاً قطع ، لأن المقصود حينئذ هو الإناء ، رواه هشام عن محمد (و) كذلك (الصبي الحر المحلى) وعن أبي يوسف : أنه يقطع لأن المحلى غيره فكان مقصوداً . ولنا أن المحلى تبع له وهو ليس بمال ، ولأنه

ولا في سرقة العبد ، ولا في سرقة الزرع قبل حصاده والشجرة على الشجر
ولا في كُتْبِ العلم ؛ وَيُقَطَّعُ في السَّاجِ والقَنَا والأَبْنُسِ والصَّنْدَلِ والعُودِ
والباقوت والزبرجد والقُصُوصِ كُلِّهَا ، والأواني المتخذة من الخشب ؛ ولا
تُطَّعُ على خائِنٍ ، ولا نباشٍ ، ولا مُنْتَهَبٍ ، ولا مُخْتَلَسٍ .

بتأول في أخذه خوف الهلاك وردة على أهله ، ولو كان قصده الحل لأخذه دون الصبي ؛
وكذا لو سرق كلبا عليه قلائد فضة لأنها تبع له ولا قطع في الأصل فكذا في التبع . قال
(ولا في سرقة العبد) صغيرا كان أو كبيرا عند أبي يوسف لأنه آدمي من وجه مال من وجه ،
وقالا : يقطع في العبد الصغير لأنه مال لكونه مستقما به ، أو بعرضية الانتفاع لأنه خداع
أو غصب وليس سرقة ، وإذا كان يعبر عن نفسه ويعقل فهو كالكبش . قال (ولا في سرقة
الزرع قبل حصاده والثمرة على الشجر) لعدم الحرز وللحديث المتقدم . قال (ولا في كتب
العلم) لأنه يتأول قراءتها ، ولأن المقصود ما فيها وليس بمال ، ويقطع في دفاتر الحساب
لأن ما فيها غير مقصود ، وإنما المقصود الكاغد ؛ ولو سرق الجلد والكواغد قبل الكتابة
قطع ، وفي كتب الأدب روايتان . قال (ويقطع في الساج والقنا والأبنوس والصندل
والعود والياقوت والزبرجد والقصوص كلها) لأنها من أنفس الأموال وأعزها مرغوب
فيها ، ولا توجد مباحة في دار الإسلام لصورتها فصار كالثوب والفضة . (و) يقطع
في (الأواني المتخذة من الخشب) لأنها التحقت بالأموال النفيسة بالصنعة ، ولا قطع
في العاج ما لم يعمل ، فإذا عمل منه شيء قطع فيه ، ولا قطع في الزجاج لأن المكسور منه
ثافه ، والمصنوع يتسارع إليه الفساد . وقيل يقطع في المصنوع لأنه مال نفيس لا يتسارع
إليه الفساد . قال محمد : لو سرق جلود السباع المدبوغة وقيمتها مائة لا يقطع ، ولو جمعت
مصلاة أو بساطا قطع ، لأنها خرجت من أن تكون جلود السباع لتغير اسمها ومعناها .
قال (ولا قطع على خائن ، ولا نباش ، ولا منتهب ، ولا مختلس) قال عليه الصلاة
والسلام « لا تطع على خائن ولا منتهب ولا مختلس » ولأن الحرز قاصر في حق الخائن
لأن المال غير محرز عنه ، والمنتهب والمختلس مجاهر فلا يكون سارقا . وسئل علي رضي
الله عنه عن المختلس والمنتهب ؟ فقال : تلك دعابة (١) لا شيء فيها ، ولأن اسم السارق
لا يتناول فلا يدخل تحت النص . وأما النباش فيقطع عند أبي يوسف لقوله عليه الصلاة
والسلام « من نبش قطعناه » ولأنه سرق مالا مفتوما من حرز مثله فيقطع . ولهما ما روى
الزهري أن نباش أخذ في زمن مروان بالمدينة والصحابه متوافرون يوثق فأجمعوا أن لا قطع
عليه ، ولأن اسم السارق لا يتناول ، ألا ترى أن البرب أفردوا له اسما ؟ والقطع وجب

وَلَا مِنْ سَرَقٍ مِنْ ذِي رَحِمٍ يَحْرَمُ ، أَوْ مِنْ سَيِّدِهِ ، أَوْ مِنْ امْرَأَةِ سَيِّدِهِ ،
أَوْ زَوْجِ سَيِّدَتِهِ ، أَوْ زَوْجَتِهِ ، أَوْ مَكَاتِبِهِ ، أَوْ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ، أَوْ مِنْ
الْغَنِيمَةِ ، أَوْ مِنْ مَالٍ لَهُ فِيهِ شَرِكَةٌ .
وَتَقْطَعُ يَمِينُ السَّارِقِ مِنَ الزَّنْدِ وَتُحْسَمُ ،

على السارق نصا ؛ فلو أوجبتاه عليه كان إلحاقا له به فيكون لإيجاب الجنود بالقياس فلا يجوز ، ولأنه ليس ملكا للميت لا يقطع ملكه عنه بالموت ، ولا ملكا للورثة لعدم جواز تصرفهم فيه ، فلم يكن له مالك معين فلا يقطع كمال بيت المال ، وما رواه محمود على السياسة . وقيل هو موقوف وليس بمرفوع . قال (ولا من سرق ذى رحم محرم ، أو من سيده ، أو من امرأة سيده ، أو زوج سيده ، أو زوجته ، أو مكانه ، أو من بيت المال ، أو من الغنيمة ، أو من مال له فيه شركة) لوقوع الخلل في الحرز لوجود الإذن في الدخول في البعض وبسطة في البعض في مال الآخر ، ولأن له حقا في أكساب المكاتب وله نصيب في بيت المال والمنعم ، وهو مروي عن علي رضي الله عنه ، وكذا إذا سرق المكاتب من مولاه لا يقطع ، ولا يقطع بالسرقة من غريمه مثل ماله عليه لأنه استوفى حقه ، والحال المؤجل سواء ، لأن الحق ثابت والتأجيل لتأخير المطالبة ، وكذا لو سرق أكثر من حقه لأنه يصير شريكا بمقدار حقه ، وكذا إذا أخذ أجور من دراهمه أو أردأ ، لأن الجنس متحد ؛ ويُقطع بسرقة خلاف جنس ما عليه ، لأنه ليس له ولاية الاستيفاء منه إلا يما إلا إذا قال : أخذته هنا بحق أو قضاء به فلا يقطع لأنه مختلف فيه فقد ظن في موضعه . قوم سرقوا وفيهم صبي أو مجنون لا قطع عليهم وإن تولى ذلك الكبير لأنه فعل واحد لم يوجب القطع على البعض فلا يجب على الباقيين للشبهة ، وكذا شريك ذى الرحم المحرم . وقال أبو يوسف : ادرك الحد عن الصبي والمحرم ، واقطع الآخر اعتبارا لحالة الاجتماع بحالة الانفراد ، إذ فعل كل واحد منهما معتبر بانفراده ، وشريك الآخر من كشريك الصبي في الخلاف لأنه لا حد على الآخر من لاحتمال أنه لو نطق ادعى شبهة الشركة ونحوها . قال أبو حنيفة : لا يقطع الأعمى إذا سرق لجهله بمال غيره وحرز غيره .

فصل

(وتقطع يمين السارق من الزند وتحسم) أما القطع فللقراءة المشهورة ، وأما اليمين فللقراءة ابن مسعود وعليه الإجماع . وأما من الزند لأن الآية مجملة ، فإن اليد تتناول إلى الإبط وتتناول إلى الزند وإلى المرفق ، وقد وردت السنة مفسرة لها بما ذكرنا ، فإن النبي عليه الصلاة والسلام أمر بقطع يد السارق من الزند . وأما الحسم فللقوله عليه الصلاة والسلام

فَإِنْ عَادَ قُطِعَت رِجْلُهُ الْيُسْرَى ، فَإِنْ عَادَ لَمْ يُقَطَّعْ وَيُجَنَّبَ حَتَّى يَتُوبَ .
فَإِنْ كَانَ أَقْطَعَ الْيَدَ الْيُسْرَى أَوْ أَشْلَهَا أَوْ إِيْهَامَا أَوْ أَصْبَعَيْنِ سِوَاهَا ، وَفِي
رَوَايَةٍ ثَلَاثَ أَصَابِعَ أَوْ أَقْطَعَ الرَّجْلَ الْيُمْنَى أَوْ أَشْلَهَا أَوْ يِيَهَا عَرَجٌ يَمْنَعُ
الْمَشْيَ عَلَيْهَا لَمْ تُقَطَّعْ يَدُهُ الْيُمْنَى وَلَا رِجْلُهُ الْيُسْرَى .

« فاقطعوه واحسموه » ، ولأنه إذا لم تحسم يؤدى إلى التلف ، لأن الدم لا ينقطع إلا به ،
والحدّ زاجر غير متلف ، ولهذا لا يقطع في الحرّ الشديد والبرد الشديد (فإن عاد قطعت
رجله اليسرى ، فإن عاد لم يقطع ويجبس حتى يتوب) والأصل أن حدّ السرقة شرع زاجرا
لامتلافا ، لأن الخلود شرعت للزجر عن ارتكاب الكبائر لامتلفة النفوس المحترمة ، فكلّ
حد يتضمن إتلاف النفس من كلّ وجه أو من وجه لم يشرع حدّاً ، وكلّ قطع يؤدى
إلى إتلاف جنس المنفعة كان إتلافاً للنفس من وجه فلا يشرع ، وقطع اليد اليسرى والرجل
اليمنى يؤدى إلى إتلاف جنس منفعة البطش والمشى فلا يشرع حدّاً ، وإليه الإشارة بقول
علىّ رضى الله عنه : إني لأستحي من الله أن لأدع له يدا يأكل بها ويستنجى بها ورجلا
يمشى عليها ، وبهذا حاجّ بقية الصحابة فحجهم فانهقد إجماعاً . وعن عمر رضى الله عنه أنه
أتى برجل أقطع اليد والرجل وقد سرق يقال له « سدوم » فأراد أن يقطعه ، فقال له علىّ
رضى الله عنه : إنّما عليه قطع يد ورجل ، فحبسه عمر رضى الله عنه ولم يقطعه ، ففتوى
علىّ « ورجوع عمر رضى الله عنهما إليه من غير تكبر ولا مخالفة من غيرهما دليل على
إجماعهم عليه ، أو أنه كان شريعة عرفوها من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهذا
بخلاف القصاص لأنه حتى العبد فيستوفى جبراً لحقه . وما روى من الحديث في قطع أربعة
السارق طعن فيه الطحاوى ، أو نقول : لو صحّ لاحتجّ به الصحابة علىّ علىّ رضى الله
عنه ولرجع إليهم ، وحيث حجهم ورجعوا إلى قوله دلّ على عدم صحته ، فإن كانت
يده اليمنى ذاهبة أو مقطوعة تقطع رجله اليسرى من المفصل ، وإن كانت رجله اليسرى
مقطوعة فلا قطع عليه لما فيه من الاستهلاك على ما بينا ، ويضمن السرقة ويجبس حتى
يتوب . قال (فإن كان أقطع اليد اليسرى أو أشلها أو إِيْهاهما أو أصبعين سِوَاهَا ، وَفِي
رَوَايَةٍ ثَلَاثَ أَصَابِعَ أَوْ أَقْطَعَ الرَّجْلَ الْيُمْنَى أَوْ أَشْلَهَا أَوْ يِيَهَا عَرَجٌ يَمْنَعُ الْمَشْيَ عَلَيْهَا لَمْ يُقَطَّعْ
يَدُهُ الْيُمْنَى وَلَا رِجْلُهُ الْيُسْرَى) وجملة أنه متى كان بحال لو قطعت يده اليمنى لا ينزع بيده
اليسرى ، أو لا ينزع برجله اليمنى لآفة كانت قبل القطع لا يقطع ، لأن فيه تفويت جنس
المنفعة بطشاً أو مشياً وقوام اليد بالإِيْها ، فعلمها أو شللها كشلل جميع اليد . ولو كانت
أصبع واحدة سوى الإِيْها مقطوعة أو شلاء قطع ، لأن فوات الواحدة لا يوجب نقصاً
ظاهراً في البطش ، بخلاف الأصبعين لأيهما كالإِيْها في البطش ، ولو كانت اليد اليمنى شلاء

وإن اشترى السارق المسروق أو وهب له أو ادّعه كـم يقطع ، وإذا قطع والعين قائمة في يده ردها ، وإن كانت هالكة كـم يضمنها ، ومن قطع في سرقة ثم سرقتها وهي بحاله كـم يقطع .

أو ناقصة الأصابع يقطع في ظاهر الرواية ، لأن المستحق بالنص قطع يده اليمنى دون اليسرى واستيفاء الناقص عند تعدد استيفاء الكامل جائز . وعن أبي يوسف : لا يقطع لأن مطلق الاسم يتناول الكامل ذكره في اختلاف زفر ويعقوب ، ولو كانت رجله اليمنى مقطوعة الأصابع ، فإن كان يستطيع المشي عليها قطعت يده اليمنى ، وإلا فلا لما بينا ؛ فإن سرق في الثالثة بعد ما قطعت يده ورجله حبس وضرب ، لأن القطع لما سقط لم يبق إلا الزجر بالحبس والضرب لحديث عمر رضي الله عنه . قال (وإن اشترى السارق المسروق أو وهب له أو ادّعه لم يقطع) وقال زفر : إن كان بعد القضاء بالقطع قطع ، وهو رواية عن أبي يوسف لأن السرقة قد تمت انعقادا وظهورا ، وبالشراء والهبة لم يبين قيام الملك وقت السرقة فلم تثبت الشبهة . ولنا أن الإمضاء في الخلود من باب القضاء للاستفتاء عن القضاء بالاستيفاء ، لأن القضاء للظهور وهو حق الله تعالى وهو ظاهر عنده ، وإذا ثبت ذلك يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء فصار كما إذا ملكها قبل القضاء ، ولأن الشبهة دائمة وأنها تتحقق بمجرد الدعوى لاحتمال صدقه . قال (وإذا قطع والعين قائمة في يده ردها) لأنها ملكه ، قال عليه الصلاة والسلام « من وجد عين ماله فهو أحق به » والنبي عليه الصلاة والسلام قطع سارق رداء صفوان وردّ الرداء على صفوان ، وكذلك إن كان ملكها غيره بأي طريق كان وهي قائمة بعيها لما قلنا (وإن كانت هالكة لم يضمنها) لقوله عليه الصلاة والسلام « لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه » وفي رواية ابن عوف عنه عليه الصلاة والسلام « إذا قطع السارق فلا غرم عليه » ولأنه لو ضمنها للملكها من وقت الأخذ على ما عرف في الغصب فيكون القطع واقعا على أخذ ملكه ولا يجوز . وروى ابن سماعة عن محمد بن أبي حمزة أنه قال : « إذا قطع السارق فلا غرم عليه » وإن كنت لأقضي عليه بذلك لأن القضاء يؤدي إلى إيجاب ما ينافي القطع لكن يفتى بالردّ لأنه أنفد مالا يحفظونه بغير حق ، وكذلك قطاع الطريق ، فإن سقط القطع لشبهة ضمن ، لأن أخذ مال الغير موجب للضمان وإنما سقط بالقطع على ما بينا ، فإذا سقط القطع عاد الضمان بحاله . قال (ومن قطع في سرقة ثم سرقتها وهي بحاله لم يقطع) والقياس أن يقطع وهو رواية الحسن عن أبي يوسف . لأنه إذا ردها صارت كعين أخرى في حق الضمان ، فكذا في حق القطع ؛ وجه الاستحسان أنها صارت غير متوقفة في حقه ، ألا ترى أنه لو استهلكها لاضمان عليه ، وما ليس بمقتوم في حقه لا قطع عليه في سرقة وبالردّ إلى المالك إن عادت حقيقة العصمة فشبّه السقوط

وَإِنْ تَغَيَّرَ حَالُهَا كَمَا إِذَا كَانَ غَزَلًا فَتُسَجَّ قُطْعٌ .

باقية نظرا إلى اتحاد الملك والحل . قال (وإن تغير حالها كما إذا كان غزلا فنسج قطع)
لتبدل العين اسما وصورة ومعنى حتى يملكه الغاصب به ، وإذا تبدلت العين انتفت الشبهة
الناشئة من اتحاد الحل والقطع فيه فيقطع ، ولو سرق عينا فقطع فيها ، ثم إن المسروق منه
باعها من آخر ثم اشتراها ثم عاد وسرقها ، قال مشايخ العراق لا يقطع لأن العين قائمة
حقيقة لكن تبدل سبب الملك فيها فكان شبهة سقوط العصمة قائمة . وقال مشايخ خراسان :
يقطع لأن العصمة سقطت في حق الأول ضرورة وجوب القطع ، وهذه الضرورة انعدمت
في حق المشتري ، فقد وجد دليل العصمة وفقد دليل سقوطها فبقيت معصومة ، فإذا
عادت إلى البائع عادت معصومة متقومة كما كانت ، وكذلك لو سرق قُطْعًا لقطع فيه .
ثم غزل فسرقه قطع لما بينا ، ولو سرق ثوب خز أو صوف فقطع فيه ثم نقض الثوب
فسرقه ثانيا لم يقطع ، لأن العين والملك لم يتبدل ، وحضور المالك أو من يقوم مقامه شرط
لصحته القضاء بالسرقة ، لأن القضاء بالسرقة قضاء بالملك له ، ولو غاب بعد القضاء قبل
الاستيفاء لا يقطع لأن للاستيفاء شبهة بالقضاء ولهذا رجوع الشهود وجرحهم بعد القضاء يمنع
الاستيفاء ، وغيبة الشهود وموتهم بعد القضاء لا يمنع الإفضاء في الحقوق كلها ، لأن
الحدود لا تندثر بشبهة توهم مثل رجوع الشهود وجرحهم ، لأن هذا التوهم لا ينقطع ،
فلو اعتبر لم يبق حد أبدا ، ولو فسقوا أو عموا أو جنوا أو ارتلوا بعد القضاء يمنع الإفضاء
في الحدود والقصاص دون الأموال ، لأن القضاء إنما يظهر ولاية الاستيفاء للقاضي ،
لأن الحق ظاهر لصاحبه وهو الله تعالى ، والحاجة إلى القضاء لظهور ولاية الاستيفاء ،
فكان الاستيفاء قضاء معنى ، فكانت هذه العوارض حادثة قبل القضاء معنى بخلاف
الأموال ، لأن الحق إذا ظهر بالقضاء فولاية الاستيفاء ثبتت لصاحب الحق بالملك السابق
للابتضاء ، ولو سرق من أجنبي أو سرق من أجنبية ثم تزوجا سقط القطع ، لأن
اعتراض الزوجية بعد القضاء يمنع الاستيفاء فيمنع القضاء أولى ، ويقطع السارق بخصومة
المودع والمستعير والغاصب والمضارب والمستأجر والمرتهن والأب والوصى .

اعلم أن اليد ضربان : صحيحة ، وغير صحيحة . فالسرقة ان اليد الصحيحة يتعلق بها
القطع ، يد مالك كانت أو غير مالك ، ومن غير الصحيحة لا يتعلق بها القطع ؛ واليد
الصحيحة يد ملك ويد أمانة ويد ضمان ، والتي ليست بصحيحة يد السارق ، أما السرقة
من يد المالك فلما مر ، وأما من يد الأمانة فإنها كيد المالك ، لأن يد المودع يد مودعة
ويد الضمان يد صحيحة كالمرتهن والقابض على سوم الشراء والغاصب لأن لهم ولاية الأخذ
والأخذ دفعا للضمان عنهم فأشبهت يد المالك ، ويقطع بخصومة المالك أيضا إذا سرق من

هؤلاء إلا الراهن . لأنه لاحق له في قبض العين مع قيام الرهن ، فإذا قضى الدين بطل الرهن فكان له ولاية الخصومة فيقطع بخصومته أيضا . وقال زفر : لا يقطع إلا بخصومة المالك والأب والوصى ، لأن ولاية الخصومة للباقيين إنما تثبت ضرورة الحفظ فلا تظهر في حق القاطع . ولنا أن السرقة تثبت لحجة شرعية عقيب خصومة معتبرة لحاجتهم إلى الاسترداد فيستوفى القاطع كالسرقة من المالك فلا تعتبر شبهة موهومة الاعتراض ، واليد التي ليست يد السارق فلا قطع على من سرق منه لأنها ليست يد ملك ولا أمانة ولا ضمان فصار كأنه أخذه من الطريق أو أخذ المال الضائع ، ولا يقطع بخصومة المالك أيضا ، لأن السارق الثاني لم يزل عن المالك يدا صحيحة فصار كأخذه من الطريق . وكل ما يحدثه السارق في العين المسروقة على وجهين ، إما أن يكون نقصا أو زيادة ، فإن كان نقصا قطع ولا ضمان عليه وردت العين ، لأن نقصان العين ليس بأكثر من هلاكها ، وإن كانت زيادة فاما أن يسقط حق المالك عن العين كقطع الثوب وخياطته قباء أو جبة أو نحو ذلك قطع السارق ولا سبيل للمالك على العين ولا ضمان ، لأن العين زالت عن ملك المسروق منه فتعذر الضمان بالقطع فصار كالاستهلاك ، وإن كانت الزيادة لا تنقطع حق المسروق منه كالصبيغ ، قال أبو حنيفة : يقطع السارق ولا سبيل للمسروق منه على العين ، وقالوا : يأخذه ويعطى ما زاد على الصبيغ فيه ، لأن المالك غير بين تضمين الثوب وبين أخذه وضمان الزيادة ، وقد تعذر التضمين بالقطع فتعين أخذه ، وضمان الزيادة لأن الخير بين الشئين إذا تعذر أحدهما تعين الآخر . ولأبي حنيفة أنه لا يجوز تضمين الثوب بعد القطع لما مر ولورد الثوب بصير السارق شريكا فيه بسبب متقدم على القطع ، وسرقة العين المشتركة تسقط القطع ابتداء ، فإذا وجد القطع لم يجز إثبات ما ينافيه ، وليس كذلك إذا صبغته بعد القطع لأن الشركة بعد التمتع لا تسقط القطع كما لو باع المالك بعض الثوب من السارق : ولو سرق ذهباً أو فضة فضربه دراهم أو دنانير قطع وردت الدراهم والدنانير عند أبي حنيفة . وقالوا : لا سبيل للمسروق منه عليها ، وهذه صنعة متقدمة عندهما خلافاً له ، وقد عرف في الغصب ، وفي الحديد والرصاص والصفير إن جعله أواني ، فإن كان يباع عددا فهو للسارق بالإجماع ، وإن كان يباع وزنا فهو على اختلافهم في الذهب والفضة وبهذا الأصل يعرف جميع مسائل ما يحدثه السارق في المسروق لمن يتأمله .

فصل

إذا خرج جماعة لقطع الطريق أو واحد فأخذوا قبل ذلك حبسهم الإمام حتى يتوبوا ، وإن أخذوا مال مسلم أو ذى وأصاب كل واحد منهم نصاب السرقه قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف ؛ وإن قتلوا ولم يأخذوا مالا قتلهم ولا يلتفت إلى عفو الأولياء ؛ لأنه إنما يقتلهم حداً حقه تعالى ، ولا يصح العفو عن حقوق الله تعالى (وإن قتلوا وأخذوا المال قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم ، أو قتلهم) يعنى من غير قطع (أو صلبهم) من غير قطع . والأصل في ذلك قوله تعالى - إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض - قيل معناه : الذين يحاربون أولياء الله وأولياء رسوله لاستحالة محاربة الله تعالى بطريق حذف المضاف . وقيل المراد أنهم في حكم المحاربين لأنهم لما امتنعوا على نائب الله الإمام وجماعة المسلمين وتظاهروا بمخالفة أوامر الله تعالى كانوا في حكم المحاربين ، وهذا توسع في الكلام ومجاز كقوله تعالى - ومن يشاق الله - والمحاربون المذكورون في الآية هم القوم ليتمتعون لهم بمنة بأنفسهم يحصى بعضهم بعضاً ، ويتناصرون على ما قصلوا إليه ويتعاضدون عليه ، وسواء كان امتناعهم بمحبة أو خشب أو حجارة ، ويكون قطعهم على المسافرين في دار الإسلام من المسلمين وأهل النعمة دون غيرهم ، هذا عند أبي حنيفة وأصحابه . قال أصحابنا : الآية مرتبة على ما ذكرنا من الأحوال الأربعة ، وروى ذلك عن علي وابن عباس والنخعي وابن جبير رضى الله عنهم ، ولأن الجنائيات تنضاف على الأحوال ، فالائق تغلظ الحكم بتغلظها ، فاذا أخافوا السبيل ولم يقتلوا ولم يأخذوا مالا حبسوا ، وهو المراد من التنى من الأرض . وقيل هو أن الإمام لا يزال يطلبهم حتى يخرجوا من دار الإسلام ، وإن أخذوا مالا على الوصف المذكور قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف

فصل

(إذا خرج جماعة لقطع الطريق أو واحد فأخذوا قبل ذلك حبسهم الإمام حتى يتوبوا ، وإن أخذوا مال مسلم أو ذى وأصاب كل واحد منهم نصاب السرقه قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف ، وإن قتلوا ولم يأخذوا مالا قتلهم ولا يلتفت إلى عفو الأولياء) لأنه إنما يقتلهم حداً حقه تعالى ، ولا يصح العفو عن حقوق الله تعالى (وإن قتلوا وأخذوا المال قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم ، أو قتلهم) يعنى من غير قطع (أو صلبهم) من غير قطع . والأصل في ذلك قوله تعالى - إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض - قيل معناه : الذين يحاربون أولياء الله وأولياء رسوله لاستحالة محاربة الله تعالى بطريق حذف المضاف . وقيل المراد أنهم في حكم المحاربين لأنهم لما امتنعوا على نائب الله الإمام وجماعة المسلمين وتظاهروا بمخالفة أوامر الله تعالى كانوا في حكم المحاربين ، وهذا توسع في الكلام ومجاز كقوله تعالى - ومن يشاق الله - والمحاربون المذكورون في الآية هم القوم ليتمتعون لهم بمنة بأنفسهم يحصى بعضهم بعضاً ، ويتناصرون على ما قصلوا إليه ويتعاضدون عليه ، وسواء كان امتناعهم بمحبة أو خشب أو حجارة ، ويكون قطعهم على المسافرين في دار الإسلام من المسلمين وأهل النعمة دون غيرهم ، هذا عند أبي حنيفة وأصحابه . قال أصحابنا : الآية مرتبة على ما ذكرنا من الأحوال الأربعة ، وروى ذلك عن علي وابن عباس والنخعي وابن جبير رضى الله عنهم ، ولأن الجنائيات تنضاف على الأحوال ، فالائق تغلظ الحكم بتغلظها ، فاذا أخافوا السبيل ولم يقتلوا ولم يأخذوا مالا حبسوا ، وهو المراد من التنى من الأرض . وقيل هو أن الإمام لا يزال يطلبهم حتى يخرجوا من دار الإسلام ، وإن أخذوا مالا على الوصف المذكور قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف

وَيُطْعَمَنُ تَحْتَ ثُنْدُوتَيْهِ الْيُسْرَى حَتَّى يَمُوتَ ، وَلَا يُصَلَّبُ أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ، وَإِنْ بَاشَرَ الْقَتْلَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ أُجْرِيَ الْحَدُّ عَلَى الْكُلِّ ،

يعنى اليد اليمنى والرجل اليسرى ، ويشترط أن يكون المال معصوما عصمة مؤبدة ، فلهذا قال مال مسلم أو ذمى ، حتى لوقطع على مستأمن لا يقطع ، لأن خطره مؤقت فلا يجب فيه حد كالسرقة الصغرى ، ولا بد أن يصيب كل واحد نصاب لما مر في السرقة ، وإن قتلوا ولم يأخذوا مالا قتلهم حداً على ما بينا ، وإن قتلوا وأخذوا المال فالإمام فيهم بالخيار على الوجه الذى بينا ، وهذا لأن أخذ المال موجب للقطع في السرقة الصغرى ، وتغلظت الكبرى بقطع الطريق والقتل موجب للقتل في غير قطع الطريق ، ويغلظ هنا بأن يقتل ولا يلتفت إلى عفو الولي وصلحه ، وهو معنى قولنا يقتلهم حداً ، فإذا جمع بين القتل والسرقة يجمع عليه بين موجبهما ، وهكذا نزل جبريل عليه السلام بالحد فيهم ، وتكون « أو » في الآية بمعنى الواو . وقال أبو يوسف : لا يترك الصلب لأنه منصوص عليه كالقتل والقطع . ولأنه أبلغ في التشهير وهو المقصود ليعتبر به ، والجواب أن التشهير حصل بالقتل والصلب مبالغة فيخبر فيه . وقال محمد : يقتل أو يصلب ولا يقطع ، لأن النفس وما دونها إذا اجتمعا لحق الله تعالى دخل ما دون النفس في النفس كالحصن إذا زنا وسرق . قلنا هذا حد واحد وجب لمعنى واحد ، وهو إخافة الطريق على وجه الكمال بالقتل وأخذ المال ، والحد الواحد لا يدخل بعضه بعضاً ، ألا ترى أن قطع اليد والرجل حد واحد في أخذ المال في الكبرى حدان في الصغرى ، والتداخل في الحدود لا في حد واحد . واختلّفوا في صلبه . قال الطحاوى : يقتل ثم يصلب . وقال الكرخي : يصلب حياً (ويطعن تحت ثنדותه (١) اليسرى حتى يموت) لأنه أبلغ في زجر غيره . قال (ولا يصلب أكثر من ثلاثة أيام) ثم يخل بينه وبين أهله ليدفونه لأنه يتغير بعد ذلك فيستفتر الناس برأئته ، ولأن المقصود يحصل بذلك وهو الزجر والاشتهار . وعن أبي يوسف يترك على الخشبة حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره ، والحكم في قطع اليد والرجل ما بيناه في الصغرى من شلل أيديهم وذهاب بعض الأعضاء لما ذكرنا . قال (وإن باشر القتل واحد منهم أجرى الحد على الكل) لأن المحاربة تتحقق بالكل ، لأنهم إنما أقدموا على ذلك اعتماداً عليهم حتى لو غلبوا أو هزموا انحازوا إليهم فكانوا عوناً لهم ، ولهذا المعنى كان الردء في الغنية كالمقاتل ، ولأن الردء ساع في الأرض فساداً ، لأنه إنما وقف ليقتل إذا قتل

(١) قال في مختار الصحاح : الثنودة بفتح اللام غير مهموز بوزن الرقوة ، وهي

وإن كان فيهم صبي أو مجنون أو ذو رحم محرم من المقتول عليهم صارت القتل للأولياء .

فيقتل كأهل البقي . قال (وإن كان فيهم صبي أو مجنون أو ذو رحم محرم من المقتول عليهم صارت القتل للأولياء) معناه : أنه سقط الحدّ ، فلو عفا الولي أو صالح سقط القصاص ، وهذا لأن الجنابة واحدة قامت بالكلّ ، فإذا لم يكن فعل بعضهم موجبا صار فعل الباقيين بعض الملة فلا يترتب عليه الحكم . أما الصبي والمجنون فلما مرّ في السرقة . وأما ذو الرحم المحرم فلا لأن القافلة كالحرز ، فقد حصل الخلل في الحرز في حقهم فيسقط الحدّ فيصير القتل إلى الأولياء ، ولهذا لو قطع بعض القافلة على البعض لا يجب الحدّ لأن الحرز واحد فصارت كدار واحدة ، ولو كان في المقتول عليهم مستأمن قطعوا ، لأن الامتناع في حقه للخلل في العصمة وذلك ينحصره ، وخلل الحرز يعمّ الكلّ ، ثم شرائط قطع الطريق في ظاهر الرواية أن يكون قوم لهم منعة على ما تقدّم ينقطع بهم الطريق ، ولا يكون في مصر ولا بين قريتين ولا بين مدينتين ، ويكون بينهم وبين المصر مسيرة السفر ، لأن قطع الطريق بانقطاع المسارّة والسابلة ، ولا يمتنعون عن المشي في هذه المواضع فيلحقهم الغوث ساعة بعد ساعة من المسلمين أو من جهة الإمام . وروى عن أبي يوسف : لو كان في المصر ليلا ، أو بينهم وبين المصر أقلّ من مسيرة سفر فهم قطاع الطريق وعليه الفتوى نظرا لمصلحة الناس بدفع شرّ المتغلبه المفسدين ، وأبو حنيفة أجاب على ما شاهد في زمانه ، فإن أهل الأمصار كانوا يحملون السلاح فلا يتمكن قاطع الطريق من مغالبهم ، فأما إذا تركوا هذه العادة وأمكن أن يتغلب عليهم قطاع الطريق أجرى عليهم الحدّ ، ولهذا قال : لا يثبت قطع الطريق بين الحيرة والكوفة ، لأن الغوث في زمانه كان يلحق ذلك الموضع لاتصال المصريين ، أما الآن فهي برية يجري فيها قطع الطريق ويستوى فيه الامتناع بالخشب والسلاح ، لأن المعنى يوجد بهما ، ولا بدّ أن يكون في دار الإسلام لأن الحدّ إذا وجد سببه في دار الحرب لا يستوفى في دار الإسلام لما مرّ في الحدود ؛ وإذا تاب قطاع الطريق قبل أن يؤخذوا سقط عنهم الحدّ وبقي حقّ العباد في المال والقصاص ، لقوله تعالى - إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم - فيقتضى خروجه عن الجملة عملا بالاستثناء ، وفي السرقة إذا تاب ولم يردّ المال يقطع لأن قوله تعالى - فمن تاب من بعد ظلمه - ليس استثناء ، فلا يقتضى خروج الثائب من الجملة السابقة ، وهو كلام مبتدأ يستغنى عن غيره فيحمل على الابتداء لأنه أولى ، أما الاستثناء فيقتصر في صحته إلى ما قبله فافترقا .

كتاب السير

الجهاد فرض عين عند التغير العام وكفاية عند عدمه .

كتاب السير

وهي جمع سيرة ، وهي الطريقة خيرا كانت أو شرا ، ومنه سيرة العمرين : أى طريقتهما ؛ ويقال : فلان محمود السيرة ، وفلان مذموم السيرة : يعنى الطريقة ، وسمى هذا الكتاب بذلك لأنه يجمع سير النبي عليه الصلاة والسلام ، وطريقته في مغازيه ، وسيرة أصحابه وما نقل عنهم في ذلك ، والجهاد فريضة محكمة يكفر جاحدها ، ثبتت فرضيته بالكتاب والسنة وإجماع الأمة . أما الكتاب فقوله تعالى - قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر - إلى غيرها من الآيات في الأمر بقتال الكفار . والسنة قوله عليه الصلاة والسلام « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله » وقال عليه الصلاة والسلام « الجهاد ماض : أى فرض مند بعنى الله تعالى إلى يوم القيامة ، حتى يقاتل عصابة من أمى الدجال ، وعليه إجماع الأمة . » وكان رسول الله عليه الصلاة والسلام إذا بعث جيشا أو سرية أو صى صاحبه . أى أمرهم بتقوى الله تعالى وقال : اغزوا باسم الله في سبيل الله ، قاتلوا من كفر بالله ، ولا تغلوا ، ولا تغلروا ، ولا تمثلوا ، ولا تقتلوا وليدا ، وإذا لقيتم عدوكم من المشركين فادعوه إلى ثلاث خصال إلى الإسلام ، فإن أسلموا فاقبلوا منهم وكفوا عنهم ، وإن أبوا فادعوه إلى إعطاء الجزية ، فإن أبوا فانبئوا إليهم : أى أعلموهم بالقتال ، وإذا حاصرتهم حصنا أو مدينة فأرادوكم أن تنزلوهم على حكم الله تعالى فلا تنزلوهم ، فإنكم لاتنزلون ما حكم الله فيهم ، ولكن أنزلوهم على حكمكم ، ثم أقضوا فيهم ما رأيتم ، وإذا أرادوكم أن تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تعطوهم ذلك ، ولكن أعطوهم ذمتكم وذمة آبائكم ، فإنكم إن تخفروا ذمتكم وذمة آبائكم أهون من ذمة الله وذمة رسوله » وإخفاء (١) الذمة : نقضها .

قال (الجهاد فرض عين عند التغير العام وكفاية عند عدمه) أما الأول فلقوله تعالى - انفروا خفافا وثقالا - الآية ؛ والتغير العام : أن يحتاج إلى جميع المسلمين فلا يحصل المقصود وهو إعزاز الدين وقهر المشركين إلا بالجميع ، فيصير عليهم فرض عين كالصلاة ، وإذا لم يكن كذلك فهو فرض كفاية : إذا قام به البعض سقط عن الباقيين كرد السلام

(١) قال في الصحاح : أخفزه بفتح الحزة وسكون الخاء وفتح الفاء والراء : نقض

عهده وغلر .

وَقَاتِلُوا الْكُفَّارَ وَاجِبٌ عَلَى كُلِّ رَجُلٍ عَاقِلٍ صَحِيحٍ حُرٍّ قَادِرٍ ، وَإِذَا هَجَمَ الْعَدُوَّ وَجَبَ عَلَى جَمِيعِ النَّاسِ الدَّفْعُ تَخْرُجُ الْمَرْأَةُ وَالْعَبْدُ بِغَيْرِ إِذْنِ الزَّوْجِ وَالسَّيِّدِ ، وَلَا بَأْسَ بِالْجَحْلِ إِذَا كَانَ بِالْمُسْلِمِينَ حَاجَةٌ ؛ وَإِذَا حَاصَرَ الْمُسْلِمُونَ أَهْلَ الْحَرْبِ فِي مَدِينَةٍ أَوْ حِصْنٍ دَعَوْهُمْ إِلَى الْإِسْلَامِ ، فَإِنْ أَسْلَمُوا كَفُّوا عَنْ قِتَالِهِمْ ، وَإِنْ لَمْ يُسَلِّمُوا دَعَاهُمْ إِلَى أَدَاءِ الْجِزْيَةِ إِنْ كَانُوا مِنْ أَهْلِهَا وَيَبْتَئُوا لَهُمْ كَمِّيَّهَا وَمَتَى تَجِبُ ،

ونحوه ، لأن المراء والمقصود منه دفع شر الكفر وكسر شوكتهم ، وإطفاء نائرتهم ، وإعلاء كلمة الإسلام ، فإذا حصل المقصود بالبعض فلا حاجة إلى غيرهم ، والنبي عليه الصلاة والسلام كان يخرج إلى الجهاد ولا يخرج جميع أهل المدينة ، ولأنه أمر بالمعروف ونهى عن المنكر فيكون على الكفاية ، ولأنه لو وجب على جميع الناس تعطلت مصالح المسلمين من الزراعات والصنائع ، وانقطعت مادة الجهاد من الكراع والسلاح فلا يقدر المجاهدون على الإقامة على الجهاد فيؤدى إلى تعطيله ، فإن لم يبق به أحد أثم جميع الناس بتركه كسائر فروض الكفاية . قال (وقَاتِلُوا الْكُفَّارَ وَاجِبٌ عَلَى كُلِّ رَجُلٍ عَاقِلٍ صَحِيحٍ حُرٍّ قَادِرٍ) لأن المرأة والبد مشغولان بخدمة السيد والزوج ، وحق العبد مقدم ، والصبي والمجنون غير داخلين في الخطاب ، وأما غير القادر فلأن تكليف العاجز قبيل كالمرضى والأعمى والمقعذ ونحوهم ، وفيه نزل قوله تعالى - ليس على الأعمى حرج - الآية التى فى سورة الفتح قال (وَإِذَا هَجَمَ الْعَدُوَّ وَجَبَ عَلَى جَمِيعِ النَّاسِ الدَّفْعُ ، تَخْرُجُ الْمَرْأَةُ وَالْعَبْدُ بِغَيْرِ إِذْنِ الزَّوْجِ وَالسَّيِّدِ) لأنه يصير فرض عين ، وحق الزوج والسيد لا يظهر فى مقابلة فرض الأعيان كالصلاة والصوم . قال (وَلَا بَأْسَ بِالْجَحْلِ إِذَا كَانَ بِالْمُسْلِمِينَ حَاجَةٌ) لأنه دفع الضرر الأعلى باحتمال الأدنى ، والحاجة أن لا يكون فى بيت مال المسلمين شيء ويحتاج المسلمون إلى الميرة ومواد الجهاد ولا شيء لهم ؛ وقد صح أن النبي عليه الصلاة والسلام أخذ دروعاً من صفوان ، وكان عمر رضى الله عنه يغزى الأعزب عن ذى الحليمة ، ويعطى الشانخص فرس القاعد . قال (وَإِذَا حَاصَرَ الْمُسْلِمُونَ أَهْلَ الْحَرْبِ فِي مَدِينَةٍ أَوْ حِصْنٍ دَعَوْهُمْ إِلَى الْإِسْلَامِ) لما روى أنه عليه الصلاة والسلام ما قاتل قوما حتى دعاهم إلى الإسلام ، ولما تقدم من الحديث ، ولأنهم ربما أسلموا فيحصل المقصود بأهون الشرين (فإن أسلموا كفوا عن قتالهم) لقوله عليه الصلاة والسلام « أمرت أن أقاتل الناس » الحديث ، ولما سبق من الحديث ، ولأن المقصود إسلامهم وقد حصل . قال (فَإِنْ لَمْ يُسَلِّمُوا دَعَاهُمْ إِلَى أَدَاءِ الْجِزْيَةِ) لما سبق من الحديث (إِنْ كَانُوا مِنْ أَهْلِهَا وَيَبْتَئُوا لَهُمْ كَمِّيَّهَا ، وَمَتَى تَجِبُ) على ما يعرف فى بابهِ ، أما إذا لم يكونوا من أهلها لا يدعهم ، لأنه لا فائدة فيه ، إذ لا يقبل

فَإِنْ قَبِلُوهَا فَلَهُمْ مَا لَنَا وَعَلَيْهِمْ مَا عَلَيْنَا ، وَيَجِبُ أَنْ يَدْعُو مَنْ لَمْ تَبْلُغْهُ الدَّعْوَةُ ، وَيُسْتَحَبُّ ذَلِكَ لِمَنْ بَلَغَتْهُ ، فَإِنْ أَبَوْا اسْتَعَانُوا بِاللَّهِ تَعَالَى عَلَيْهِمْ وَحَارَبُوهُمْ ، وَنَصَبُوا عَلَيْهِمُ الْمُجَانِيقَ ، وَأَفْسَدُوا زُرُوعَهُمْ وَأَشْجَارَهُمْ وَحَرَّبُوهُمْ وَرَمَوْهُمْ ، وَإِنْ تَرَسَّوْا بِالْمُسْلِمِينَ ، وَتَقَصَّدُوا بِهِ الْكُفَّارَ ؛

منهم إلا الإسلام أو السيف ويعرفهم قدرها لتقطع المنازعة بعد ذلك ، ولأن القتال ينتهى بالجزية ، قال تعالى - حتى يعطوا الجزية عن يد - أى حتى يقبلوها . قال (فان قبلوها فلهم ما لنا وعليهم ما علينا) قال عليه الصلاة والسلام « فإذا قبلوها فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين » . وقال على رضى الله عنه : إنما بذلوا الجزية لتكون أموالهم كأموالنا ودماؤهم كدمائنا . والمراد بالبلل القبول لإجماعا . قال (ويجب أن يدعو لم تبلغه الدعوة) لما تقدم وليعلموا ما يقاتلهم عليه فرما أجابوا فنكثي مؤنة القتال ، فان قاتلهم بغير دعوة قيل يجوز ، لأن الدعوة إلى الإسلام قد انتشرت في دار الحرب فقام الشيوع مقام البلوغ ، وقيل لا يجوز وهو آثم للنهى أو لخالفه الأمر على ما مر ، ولأن الشيوع في بعض البلاد لا يعتبر شيوعا في الكل . قال (ويستحب ذلك لمن بلغته) الدعوة أيضا مبالغة في الإنذار وهو غير واجب ، لأنه عليه الصلاة والسلام أغار على بنى المصطلق وهم غازون . وعن أسامة بن زيد « أن النبي عليه الصلاة والسلام عهد إليه أن يغير على بنى الأصفر صباحا ثم يحرق نخيلهم » والغارة لا تكون عن دعوة . قال (فان أبوا) يعنى عن الإسلام والجزية (استعانوا بالله تعالى عليهم وحاربوهم) لما بينا ، ولقوله عليه الصلاة والسلام « فان أبوا فاستعن بالله تعالى عليهم وقاتلهم » ولأنه أعلن إليهم فأقاموا على عداوتهم فوجبت مناجزتهم ، وأن يستعان بالله تعالى عليهم ، لأنه الناصر لأوليائه المذل لأعدائه فيستعان به . قال (ونصبوا عليهم المجانيق ، وأفسدوا زروعهم وأشجارهم ، وحرقوهم ورموهم ، وإن ترسوا بالمسلمين ويقصدون به الكفار) لأن في ذلك غيظا وكيذا للكفار وهو المقصود ، وقد صبح أنه عليه الصلاة والسلام حاصر أهل الطائف فرماهم بالمجنيق وكان فيهم المسلمون ، ولأن بلادهم لا تخلو عن المسلمين الأسرى والتجار والأطفال : فلو امتنع القتال باعتبار ذلك لامتنع أصلا ، ولا يقصدون بالرى المسلمين تحريزا عن قتلهم بقدر الإمكان « ولما مر صلى الله عليه وسلم يريد الطائف بنا له قصر عمر بن مالك النضرى فأمر بتحريقه ، فلما انتهى إلى الكروم أمر بقطعها » . قال الزهرى : وقطع رسول الله صلى الله عليه وسلم نخل بنى النضير وحرق البيوت ؛ ولما تحصن بنو النضير من رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بقطع نخيلهم وتحريقه ، فقالوا : يا أبا القاسم ما كنت ترضى بالفساد ، فأنزله الله تعالى - ما قطعتم من لينة أو تركتموها قائمة على أصولها فبإذن الله

وَيَنْبَغِي لِلْمُسْلِمِينَ أَنْ لَا يَغْدُرُوا ، وَلَا يَغْلُوا ، وَلَا يُمَنُّوا ، وَلَا يَقْتُلُوا
مَجْنُونًا ، وَلَا امْرَأَةً ، وَلَا صَبِيًّا ، وَلَا أَعْمَى ، وَلَا مُقْعَدًا ، وَلَا مَقْطُوعَ الْيَمِينِ ،
وَلَا شَيْخًا فَانِيًا ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَحَدُ هَؤُلَاءِ مُلْكًا ، أَوْ مِمَّنْ يَقْدِرُ عَلَى الْقِتَالِ
أَوْ يُحَرِّضَ عَلَيْهِ ، أَوْ لَهُ رَأْيٌ فِي الْحَرْبِ ، أَوْ مَالٌ يَحْتَ بِهِ أَوْ يَكُونَ الشَّيْخُ
مِمَّنْ يَحْتَالُ .

وَإِذَا كَانَ لِلْمُسْلِمِينَ قُوَّةٌ لَا يَنْبَغِي لَهُمْ مُوَادَعَةُ أَهْلِ الْحَرْبِ ، وَإِنْ
كَمْ يَكُنْ لَهُمْ قُوَّةٌ فَلَا بَأْسَ بِهِ ،

وليخزي القاسقين - فيمن أنه لم يكن فسادا ، وقد قال تعالى - ولا يطغون موطنًا يفيض
الكفار ولا ينالون من عدو نيلا إلا كتب لهم - . قال (وينبغي للمسلمين أن لا يغدروا ،
ولا يغلوا ، ولا يمثلوا) لما روينا من الحديث أَوَّلُ الباب ، والغلول : الخيانة والسرقة من
المنعم ، والغدر : نقض العهد فلا يجوز بعد الأمان ، ولا بأس به قبله وهو حيلة وخدعة ،
قال عليه الصلاة والسلام « الحرب خدعة » والمثلة الميعة بعد الظفر بهم ، ولا بأس بها قبله
لأنه أبلغ في كبتهم وأضر بهم - قال (ولا يقتلوا مجنونًا ، ولا امرأة ، ولا صبيًا ، ولا أعمى ،
ولا مقعدًا ، ولا مقطوع اليدين ، ولا شيخًا فانيًا ، إلا أن يكون أحد هؤلاء ملكًا ، أو ممن
يقدر على القتال ، أو يحرض عليه ، أو له رأي في الحرب أو مال يحته به ، أو يكون الشيخ
ممن يحتال) نبيه عليه الصلاة والسلام عن قتل الصبيان والنراير ، ورأى عليه الصلاة
والسلام امرأة مقتولة فقال : « هاه ما هنا قتلت وما كانت تقا تل ؟ » ولأن الموجب للقتل هو
الحرب بإشارة هذا النص « وهؤلاء لا يقاتلون والمجنون غير مخاطب ، وكذلك مقطوع اليد
والرجل من خلاف ، ويابس الشق » لما بينا ، فإذا كان أحد هؤلاء ملكًا ، أو يقدر على
القتال ، أو له مال يعين به ، أو رأى لا يؤمن شره فصار كالمقاتل « والنبي صلى الله عليه
وسلم قتل فريد بن الصمة وكان له مائة وعشرون سنة لأنه كان صاحب رأي » ويقتل
الراهبين وأهل الصوامع الذين يخاطبون الناس أو يذلون على عورات المسلمين لما مر ، فإن
كانوا لا يخاطبون الناس أو حبسوا أنفسهم في جبل أو صومعة ونحوه لا يقتلون لما بينا .

صل

(وإذا كان للمسلمين قُوَّةٌ لَا يَنْبَغِي لَهُمْ مُوَادَعَةُ أَهْلِ الْحَرْبِ) لأنه لا مصلحة في ذلك
لما فيه من ترك الجهاد صورة ومعنى أو تأخيرها ، لأن المودعة طلب الأمان وترك القتال ،
قال تعالى - فلا تنهوا وتدعوا إلى السلم وأنتم الأعلون - (وإن لم يكن لهم قُوَّةٌ فلا بأس به)
لأنه خيرة للمسلمين ، قال تعالى - وإن جنحوا للسلم فاجنح لها - أي إن مالوا إلى المصالحة

فانْ وَادَعَهُمْ ثُمَّ رَأَى الْقِتَالَ أَصْلَحَ نَبَذَ إِلَى مَلِكِهِمْ ، وَإِنْ بَدَأُوا بِخِيَانَةٍ وَعَلَيْكُمْ مَلِكُهُمْ بِهَا قَاتِلَهُمْ مِنْ غَيْرِ نَبَذٍ . وَيُحْزَرُ أَنْ يُوَادِعَهُمْ بِمَالٍ وَيَغْيِرَهُ ، وَمَا أَخَذُوهُ قَبْلَ مُحَاصَرَتِهِمْ فَهُوَ كَالْجِزْيَةِ وَبَعْدَهَا كَالْفَتْنَةِ ، وَإِنْ دَفَعَ إِلَيْهِمْ مَالًا لِيُوَادِعُوهُ جَازَ عِنْدَ الضَّرُورَةِ ،

فل إليهم وصالحهم ، والمعتبر في ذلك مصلحة الإسلام والمسلمين ، فيجوز عند وجود المصلحة دون علمها ، ولأن عليهم حفظ أنفسهم بالموادعة ، ألا يرى أنه صلى الله عليه وسلم صالح أهل مكة عام الحديبية على وضع الحرب عشر سنين ، ولأن الموادعة إذا كانت مصلحة المسلمين كان جهادا معنى ، لأن المقصود دفع الشر وقد حصل ، ويجوز الموادعة أكثر من عشر سنين على ما يراه الإمام من المصلحة ، لأن تحقيق المصلحة والخير لا يتوقف بمدة دون مدة . قال (فانْ وادعهم ، ثم رأى القتال أصلح نبذ إلى ملكهم) وقاتلهم ، قال تعالى - فأنبذ إليهم على سواء - والنبي صلى الله عليه وسلم نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين أهل مكة ، ولأن المعتبر المصلحة على ما بينا ، فإذا تبدلت يصير النبذ جهادا ، وتركه ترك الجهاد صورا ومعنى ، ولا بد من النبذ تحمزا عن الغدر المنهى عنه ، ويكتفى بعلم الملك لأنه صاحب أمرهم ويعلمهم بذلك ، ويشترط مدة يبلغ خبر النبذ إلى جماعتهم ، فإذا مضت مدة يمكن الملك إعلامهم جاز مقاتلتهم وإن لم يعلمهم ، لأن التصير من ملكهم فلا يكون غلرا ، ولو آمنهم ولم ينزلوا من حصنهم فلا بأس بقاقلهم بعد الإعلام ، وإن نزلوا إلى عسكر المسلمين فهم على أمانهم حتى يعودوا إلى حصنهم لأنهم نزلوا بسبب الأمان ، فلا يزالون على حكمه حتى يعودوا إليه . قال (وإن بدعوا بخيانة وعلم ملكهم بها قاتلهم من غير نبذ) لأنهم قد نقضوا العهد لما كان باختيار ملكهم ، أما لو دخل منهم جماعة دارنا وقطعوا الطريق بغير أمر الملك لا يكون نقضا في حق الجميع لأنه بغير إذن الملك ، ويكون نقضا في حقهم خاصة فيقتلون . قال (ويجوز أن يوادعهم بمال وبغيره) إذا كان في ذلك مصلحة للمسلمين ، ولهم حاجة إلى المال لما مر (وما أخلوه قبل محاصرته) بأن أرسل إليهم رسولا (فهو كالجزية) لا يخمس لأنه مال أهل الحرب حصل لنا بغير قتال (و) ما أخذوه (بعدها) أي محاصرتهم بخمس (كالفتنة) ويقسم الباقي لأنه حصل بقوة الجيش . قال (وإن دفع إليهم مالا ليوادعوه جاز عند الضرورة) وهو خوف الهلاك ، لأن دفع الهلاك واجب بأي طريق كان ، فانه إذا لم يكن بالمسلمين قوة ظهر عليهم عنوهم فأخذ الأنفس والأموال ، وقد قال عليه الصلاة والسلام « اجعل مالك دون نفسك » وإن لم يكن ضرورة لا يجوز لما فيه من إلحاق الذلة بالمسلمين وإعطاء الدنيا :

وَالْمُرْتَدُونَ إِذَا غَلَبُوا عَلَى مَدِينَةٍ ، وَأَهْلُ الذِّمَّةِ إِذَا نَقَضُوا الْعَهْدَ كَالْمُشْرِكِينَ فِي الْمَوَادِعَةِ ، وَيَكْرَهُ بَيْعُ السِّلَاحِ وَالْكِرَاعِ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ وَتَجْهِيْزُهُ إِلَيْهِمْ قَبْلَ الْمَوَادِعَةِ وَتَعَدُّهَا .
وَإِذَا أَمَّنَ رَجُلٌ أَوْ امْرَأَةٌ كَافِرًا أَوْ جَمَاعَةً أَوْ أَهْلَ مَدِينَةٍ صَحَّ

أى الخسة فى الدين . قال (والمرتدون إذا غلبوا على مدينة ، وأهل الذمة إذا نقضوا العهد كالمشركين فى الموادعة) ، أما المرتدون فلأن الإسلام مرجو منهم فيؤادعهم لينظروا فى أمورهم فربما عادوا إلى الإسلام ، إلا أنه لا يأخذ منهم مالا لأنه بمنزلة الجزية ، ولا جزية عليهم لأنه لا يجوز تأخير قتلهم بحال يؤخذ منهم لما يأتى إن شاء الله تعالى ، ولو أخذه لا يردّه لعدم العصمة ، ولو غلبوا فقد صارت دارهم دار حرب وأموالهم غنيمه ، فكذا أهل الذمة لأنهم لما نقضوا العهد صاروا كغيرهم من أهل الحرب ، ويجوز أخذ المال منهم لأنه لا يجوز تركهم بالجزية ، بخلاف المرتدين وعبد الأوثان من العرب كالمتردين فى الموادعة ، لأنه لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف ، وكذلك أهل البغى فى الموادعة ، لكن إن أخذ منهم مالا يردّه عليهم إذا وضعت الحرب أوزارها لأنهم مسلمون لو أصيب ما لهم بالقتال يردّ عليهم ، ويكره لأمر الجيش أو قائد من قواد المسلمين أن يقبل هدية أهل الحرب فيختص بها . بل يجعلها فية للمسلمين لأنه إنما أهدى إليه بمتعة المسلمين لانيفسه ، قال (ويكره بيع السلاح والكراع من أهل الحرب وتجهيزه إليهم قبل الموادعة وبيعها) لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك ، ولما فيه من تقويتهم على المسلمين لأنه معصية ، وكذلك الحديد وكل ما هو أصل فى آلات الحرب ، وهو القياس فى الطعام والشراب ، إلا أنا جزمناه لما روى أنه عليه الصلاة والسلام أمر ثمامة بأن يبيع أهل مكة وكانوا حريا علينا ، ولأننا نحتاج إلى بعض ما فى بلادهم من الأدوية ، فلو منعنا عنهم الميرة لمنعوا عنا ، ولا يكره إدخال ذلك على أهل الذمة لأنهم التحقوا بالمسلمين فى الأحكام ، ولا يمكن الحربى أن ينتقل إلى دار الحرب السلاح والكراع والحديد والدقيق إذا اشتراه فى دار الإسلام مسلما كان أو كافرا ، ولا يمنع أن يرجع بما جاء به من هذه الأشياء لأنه تناوله عقد الأمان ، فإن أسلم بعض صبيده منع من إدخاله دار الحرب لأن المسلم يمنع من ذلك ولا بأس بإدخال المصحف أرض الحرب لقراءة القرآن مع جيش عظيم أو تاجر دخل بأمان لأن الغالب السلامة ، ويكره ذلك مع سرية أو جريدة خيل يخاف عليهم الانهزام لأنه ربما وقع فى أيدي أهل الحرب فيستخفون به وكتب الفقه بمنزلة المصحف .

فصل

(وإذا أمن رجل أو امرأة كافرا أو جماعة أو أهل مدينة صح) أمانهم فلا يحل لأحد

فان كان فيه مفسدة أدبه الإمام وتبدد إليهم ، ولا يصح أمان ذمى ، ولا أسير ، ولا تاجر فيهم ، ولا من أسلم عندهم وهو فيهم ، ولا أمان عبد محجور عن القتال ،

من المسلمين قتالهم ، وشرط صحة الأمان أن يكون المؤمن ممتعا مجاهدا يخاف منه الكفار ، لأن الأمن إنما يكون بعد الخوف ، والخوف إنما يتحقق من المعتص ، والواحد يقوم مقام الكل في الأمان لتعذر اجتماع الكل ، قال عليه الصلاة والسلام « المسلمون تنكافأ دماؤهم يسعى بذمتهم أدناهم » أى أن الواحد يسعى بذمة جميعهم . وروى أن زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم أمنت زوجها ، فأجاز صلى الله عليه وسلم أمها ، وأجازت أم هانىء رجلين من المشركين ، فأراد على أن يقتلها وقال لها : أتجيزين المشركين على رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فقالت : والله لا تقتلها حتى تقتلى دونها ، ثم أغلقت دونه الباب وجاءت إلى النبي عليه الصلاة والسلام فأخبرته بذلك ، فقال : ما كان له ذلك فقد أجرنا من أجزرت وأمنا من أمنت « فعلم أن أمان الواحد جائز ، وإذا جاز أمانه لا يجوز لأحد التعرض له بقتل ولا أخذ مال كما لو أمته الإمام . قال (فان كان فيه مفسدة أدبه الإمام) لافتياته على رأيه ، بخلاف ما إذا كان فيه مصلحة ، لأنه ربما يفوت بالتأخير فيعذر . قال (ونبد إليهم) لأن الإمام إذا أمنهم أو صالحهم ثم رأى النبد أصلح نبد إليهم فهذا أولى ، وينبغى للإمام إذا جاءوه بالأمان أن يدعوهم إلى الإسلام أو إلى إعطاء الجزية ، فان أجابوه إلى الإسلام فيها ونعمت ، وإن أبوا وأجابوا إلى الجزية قبلت منهم وصاروا ذمة ، وإن أبوا ردّهم إلى ما أمنهم وقتلهم ، قال تعالى - ثم أبلغه مأمنه - ولأنه لا يجوز التعرض لهم مع الأمان ، ولا يجوز تركهم على الكفر من غير جزية فيعرض عليهم الإسلام أو الجزية التي يستحقّ معها الأمان ، فان أبوا لم يميز تركهم فيردّهم ثم يقاتلهم كما لو خرجوا إلينا بأمان . قال (ولا يصح أمان ذمى ولا أسير ، ولا تاجر فيهم ، ولا من أسلم عندهم وهو فيهم) لأن الذمى منهم ولا ولاية له على المسلمين ، والباقيون مهجورون عنهم فلا يخافونهم فلا يكونون من أهل البيان على ما بينا ، ولأنه لو افتتح هذا الباب لانسد باب الفتح ، لأنهم كلما اشتد الأمر عليهم لا يخلون عن أسير أو تاجر فيتخلصون به وفيه ضرر ظاهر . قال (ولا أمان عبد محجور عن القتال) وقال محمد : يصح ، وقول أبى يوسف مضطرب .

نحمد الله عليه الصلاة والسلام « يسعى بذمتهم أدناهم » وقياسا على المأذون له في القتال ، ولأنه حنيفة أنهم آمنون منه ، فلا يصح أمانه كالأسير والتاجر ، ولأنه إنما يملك العقود لما فيها من إسقاط حق المولى ، فلا يملك ما فيه إسقاط حق المولى وسائر المسلمين . وهو الأمان بطريق الأولى ، بخلاف المأذون ، لأنه لما أذن له في القتال فقد جعل إليه

ولا أمان للمُراهِق .

وَإِذَا فَتَحَ الْإِمَامُ بِلَدَهُ عَتُوَّةً إِنْ شَاءَ قَسَمَهَا بَيْنَ الْغَانِمِينَ ، وَإِنْ شَاءَ أَقْرَأَ أَهْلَهَا عَلَيْهِا وَوَضَعَ عَلَيْهِمُ الْجَزِيَّةَ ، وَعَلَى أَرْضِيهِمُ الْخَرَاجَ ،

الرأى فى القتال ، وتارة يكون الرأى فى القتال ، وتارة فى الكف عنه ، فلذلك جاز أمانه ، ولأن الخطأ من المحجور ظاهر لعدم علمه بعدم المباشرة ، وخطأ المأذون نادر لمباشرة القتال . قال (ولا أمان للمراهِق) وقال محمد : إن كان يعقل الأمان ويصفه يجوز أمانه لأنه يصير مسلماً بنفسه ، ومن لا يعقل الإسلام إنما يحكم بإسلامه تبعاً فلا يعتد به ، ولأن المراهق من أهل القتال كالبالغ ، ولأن حنيفة أنه لا يملك للعقود والأمان عقد ، ومن لا يملك أن يعقد فى حق نفسه فى حق غيره أولى ، وإن كان مأذوناً له فى القتال ، قيل يصح أمانه ، وعامة المشايخ أنه لا يصح لأن المصلحة والخيرية خفية لا يتبدى إليها إلا من له كثرة تجربة وممارسة وذلك بعد البلوغ .

فصل

(وإذا فتح الإمام بلدة عتوة إن شاء قسمها بين الغانمين) كما فعل النبي عليه الصلاة والسلام بخيبر وسعد رضى الله عنه ببئر قريظة (وإن شاء أقرأ أهلها عليها ووضع عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج) كما فعل عمر رضى الله عنه بسواد العراق باجاع الصحابة ، وكل ذلك فتوة فيختير . قالوا : الأول أولى عند حاجة الغانمين ، والثاني عند عدمها ليكون ذخيرة لهم فى الثانى من الزمان ، فانهم يعملون للمسلمين وهم يعلمون وجوه الزراعات ، ولهذا قالوا : يعطيهم من المنقول ما لا بد لهم منه فى العمل لئسبهم ذلك ، ولأن المن بقرابهم لمنفعة الزراعة حتى لو لم يكن لهم أرض لا يجوز المن عليهم بقرابهم ، وكلنا لو من بقرابهم لا غير ولم أراض أو بقرابهم وأمواهم لا يجوز لأنه إبطال حق الغانمين لأن الرقاب لاندم بل تقطع بالموت والإسلام ، وإنما يجوز تبعاً للأراضى نظراً للغانمين لئلا يشتغلوا بالزراعة فيفتاعلوا عن الجهاد ، وفيه مصلحة لمن يجيئ بعدهم كما قاله عمر رضى الله عنه ، فإنه لما وضع الخراج على أرض العراق طلبوا منه قسمتها ، واحتجوا عليه بقوله تعالى - ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى - الآية ، وبقوله تعالى - للفقراء المهاجرين - الآية ، فاحتج عليهم بقول الله تعالى - والذين جاءوا من بعدهم - . وقال : لو قسمتها عليكم لم يبق لمن بعدكم شئ ، فأطاعوه ورجعوا إلى قوله ، وإنما يملك إبطال حقهم بالقتل دفعا لشركهم فلا يتمحض ضرراً ، أما المن ضرر محض يجعلهم عوناً للكفرة وهذا فى العقار ، وأما المنقول لا يردّه عليهم لأنه لم يرد به الشرع .

وإن شاء قَتَلَ الأَسْرَى ، أَوْ اسْتَرْقَهُمْ ، أَوْ تَرَكَهُمْ ذِمَّةً لِلْمُسْلِمِينَ ،
وَلَا يُفَادُونَ (سم) بِأَسْرَى الْمُسْلِمِينَ وَلَا بِالْمَالِ إِلَّا عِنْدَ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ ، وَإِذَا
أَرَادَ الْإِمَامُ السُّودَ وَمَعَهُ مَوَاشٍ يَعْجِزُ عَنْ نَقْلِهَا ذَبَحَهَا وَحَرَّقَهَا ،

قال (وإن شاء قتل الأسرى) لأنه عليه الصلاة والسلام قتل ، وفيه تقليل مادة الكفر
والفساد ، وقتل صلى الله عليه وسلم عقبة بن أبي معيط ، والنضر بن شميل بعد ما حصل
في يده ، وقتل بنى قريظة بعد ثبوت اليد عليهم (أو) إن شاء (استرقهم) لأن فيه دفع
شرهم مع وفور المنفعة للمسلمين (أو) إن شاء (تركهم ذمة للمسلمين) لما تقدم إلا
المرتدين ومشركى العرب على ما يأتي في الجزية ، ولا يجوز ردّهم إلى دار الحرب لأن فيه
تقوية للكفرة على المسلمين ، ولو أسلموا بعد الأخذ لا تقتلهم لاندفاع الشر ، ويجوز
استرقاقهم لانقضاء سبب الملك ، بخلاف ما لو أسلموا قبل الأخذ حيث لا يجوز استرقاقهم
لأنه لم ينقض سبب الملك . قال (ولا يفادون بأسرى المسلمين) وقالوا : يفادون بهم لأن
في عود المسلمين إلينا عوناً لنا ، ولأن تخليص المسلم أولى من قتل الكفار ، وقد قال تعالى
- فإما منا بعد وإما فداء - ولأني حنيفة قوله تعالى - اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم
وقوله تعالى - وقتلواهم حتى لا تكون فتنة - فيجب قتلهم وذلك يمنع ردّهم ، ولأن الكافر
بصير حرباً علينا ، ودفع شرّ حرايهم خير من تخليص المسلم منهم ، لأن كون المسلم
في أيديهم ابتلاء من الله تعالى غير مضاف إلينا ، وإعانتهم بدفع الأسير إليهم مضاف إلينا .
وذكر الكرخي ، قال أبو يوسف : تجوز المفاداة بالأسارى قبل القسمة ولا تجوز بعدها
وقال محمد : يجوز على كل حال . قال (ولا بالمال إلا عند الحاجة إليه) لما بينا ،
ومفاداة النبي عليه الصلاة والسلام يوم بدر عاتبه الله تعالى عليها بقوله - لولا كتاب من
الله سبق - الآية ، فجلس صلى الله عليه وسلم وأبو بكر يبيكان . وقال عليه الصلاة
والسلام « لو نزل من السماء عذاب لما نجا منه إلا عمر » لأنه أشار بقتلهم دون الفداء ،
والقصة معروفة ؛ ويجوز عند الحاجة للاستعداد للجهاد ، لأن المعتمر المصلحة وهي فيها
ذكرنا . قال محمد : لا بأس بأن يفادى بالشيخ الفاني والعجوز الفانية بالمال إذا كان لا يرجي
منه الولد لأنه لا معونة لهم فيه ، بخلاف الصبيان والنساء لأن في الردّ عليهم معونة لهم ،
ولا يجوز المنّ على الأسرى لما فيه من إبطال حقّ الغائمين بغير عوض فإن حقهم ثبت
فيهم بالأسر فلا يطل ، ولأن النصوص الواردة في قتال المشركين وقتلهم تنفي ذلك .
قال (وإذا أراد الإمام العود ومعه مواش يعجز عن نقلها ذبحها وحرّقها) لكيلا ينتفعوا
باللحم ولا يعقرها لأنه مثله ، وذبح الشاة جائز لغرض صحيح ، وكسر شوكة الأعداء
غرض صحيح وصار كقطع الشجر وتخريب البناء ، أما الحرق قبل الذبح منهي عنه لما فيه

وَيَحْرِقُ الْأَسْلِحَةَ .

وَلَا تُقَسَّمُ غَنِيمَةٌ فِي دَارِ الْحَرْبِ (م) ، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهَا قَبْلَ الْقِسْمَةِ .
وَمَنْ مَاتَ مِنَ الْغَانِمِينَ فِي دَارِ الْحَرْبِ فَلَا سَهْمَ لَهُ ، وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ إِحْرَازِهَا
بِدَارِنَا فَتَنْصِيبُهُ لِيُورَثَهُ .

من تعذيب الحيوان (ويحرق الأسلحة) والأمتعة أيضا ، وما لا يحترق منها يدفن في موضع لا يقدر الكفار عليه لإبطالها للمنفعة عليهم ؛ أما الأسارى يمضون إلى دار الإسلام ، فإن عجزوا قتل الرجال وترك النساء والصبيان في أرض مضيفة حتى يموتوا جوعا وعطشا ، لأنها لا تفتلهم لأنهم ، ولو تركوا في العمران عادوا حربا علينا ، فالنساء يحصل منهن الدسل ، والصبيان يكبرون فيصبرون حربا علينا فتعين ماقلناه ، ولهذا قالوا : إذا وجد المسلمون في دار الحرب جيات وهارب ينزعون حمة العقر (١) وأنياب الحية دفعا لضررها عنهم ولا يقتلونها لئلا ينقطع نسلهم وفيه منفعة الكفار ، وقد أمرنا بضده .

فصل

الغنيمة : اسم لما يؤخذ من أموال الكفار على وجه القهر والغلبة ، وما يؤخذ منهم هدية أو سرقة أو خلسة أو هبة فليس بغنيمة ، وهو للأخذ خاصة . قال (ولا تقسم غنيمة في دار الحرب) لكن يجرها إلى دار الإسلام فيقسمها . وقال أبو يوسف : إن قسمت في دار الحرب جاز ، وأحب إلى أن تقسم في دار الإسلام (ولا يجوز بيعها قبل القسمة) ولا في دار الحرب (ومن مات من الغانمين في دار الحرب فلا سهم له ، وإن مات بعد إحرازها بدارنا فنصيبه لمورثته) وإذا لحقهم المدد في دار الحرب شاركهم فيها ، ولا تضمن بالإنقاذ ، وأصله أن الغنائم لا تملك بالإصابة ويثبت فيها الحق ، وهو اليد الناقلة المتصرفة ويتأكد الحق بالإحراز ويثبت بالقسمة ، فلو أسلم الأسير بعد الأخذ قبل الإحراز لا يكون حرًا ، ولو أسلم قبل الأخذ يكون حرًا ، والدليل أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب ، والقسمة بيع معنى فيدخل تحت النهي ، ولأنه عليه الصلاة والسلام قسم غنائم بدر بالمدينة ، ولو جاز قسمتها قبل ذلك لم يؤخرها ، لأن تأخير الحق عن مستحقه لا يجوز مع حاجته إليه إلا باذنه ، ولأن فيه ضررا بالمسلمين ، لأن المدد قطع طمعهم عنها فلا يلحقونهم فلا تؤمن كرامة الكفار عليهم ، وربما كان سببا لرجوع لكرامة عليهم ، لاشتغال كل منهم بعمل نصيبه والدخول إلى وطنه ، وما روى

(١) حمة العقر بالماء المهمل المضمومة وفتح الخفيفة : سهمها وضربها هكذا في مختار

صحيح .

وَالرَّذَاءُ وَالْمُقَاتِلُ فِي الْغَنِيمَةِ سَوَاءٌ وَإِذَا لَحِقَهُمْ مَدَدٌ فِي دَارِ الْحَرْبِ شَارَكُوهُمْ فِيهَا ، وَلَيْسَ لِلسُّوقَةِ سَهْمٌ إِلَّا أَنْ يُقَاتِلُوا ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْإِمَامِ مَا يَحْمِلُ عَلَيْهِ الْقِتَالُ أَوْدَعَهَا الْغَانِمِينَ لِيُخْرِجُوهَا إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ ، ثُمَّ يَقْسِمُهَا ، وَيَجُوزُ لِلْعَسْكَرِ أَنْ يَغْلِفُوا فِي دَارِ الْحَرْبِ ، وَيَأْكُلُوا الطَّعَامَ ، وَيَبْدَهُنَا بِالذَّهْنِ ، وَيُقَاتِلُوا بِالسَّلَاحِ ، وَيَرْكَبُوا الدَّوَابَّ ، وَيَكْسُوا الثِّيَابَ إِذَا احتاجوا إِلَى ذَلِكَ ،

أنه عليه الصلاة والسلام قسم غنائم خير فيها ، وغنائم بني المصطلق فيها ، فإنه فتحها وصارت دار الإسلام ، ولو قسمها في دار الحرب جاز بالإجماع لأنه قضى في مجتهد فيه . قال (والردة والمقاتل في الغنينة سواء) لاستوائهم في السبب وهو المجاورة أو شهود الواقعة على ما يأتي إن شاء الله تعالى ، ولأن إرهاب العدو يحصل بالردة مثل المقاتل أو أكثر فقد شاركوا المقاتلة في السبب فيشاركونهم في الاستحقاق . قال (وإذا لحقهم مدد في دار الحرب شاركهم فيها ، لما مر . وبذلك كتب عمر رضى الله عنه إلى سعد بن أبي وقاص ، وإنما تقطع شركتهم إما بالأحراز بدار الإسلام ، أو بالقسمة في دار الحرب ، أو ببيع الإمام الغنينة في دار الحرب ، فإذا وجد أحد هذه المعاني الثلاثة انقطعت الشركة ، لأن الملك يستقر به ، واستقلال الملك يقطع الشركة . ولو فتح العسكر بلدا من دار الحرب واستظفروا عليه ثم لحقهم مدد لم يشاركهم لأنه صار من بلد الإسلام فصارت الغنينة عرزة بدار الإسلام فلا يشاركونهم . قال (وليس للسوقه سهم إلا أن يقاتلوا) لعدم السبب في حقهم ، وهو المجاورة بقصد القتال فيعتبر السبب الآخر وهو حقيقة القتال ، ويعتبر حاله عند القتال فارسا أو رجلا ، وكذلك التاجر لما بينا . قال (فإذا لم يكن للإمام ما يحمل عليه الغنائم أودعها الغانمين ليخرجوها إلى دار الإسلام ثم يقسمها) لما مر أن القسمة لا يجوز في دار الحرب ، ولا بد من الحمل إلى دار الإسلام ، فإن كان في الغنينة حولة حمل عليها ، لأن اضمول والحولة لهم ، وكذا إن كان مع الإمام فضل حولة في بيت المال حمل عليها لأنه مال المسلمين ، وإن لم يكن معه فن كان من الغانمين معه فضل حولة يحمل عليها بالأجر بطيبة نفسه ، وإن لم يطب لا يحمل لأنه لا يحمل الانتفاع بمال المسلم إلا بطيبة من نفسه ، هذه رواية السير الصغير ، وذكر في السير الكبير أنه يحمل على كره منه بأجر المثل لأنه ضرورة وحالة الصرورة مستثناة كما إذا انقضت مدة الإجارة في المفازة أو في البحر أو في الزرع بقل نعتقد مدة أخرى بأجرة المثل فكذا هذا ، فإذا لم يجد حولة أصلا ذبح وأحرق وقتل على ما بينا . قال (ويجوز للعسكر أن يعلفوا في دار الحرب ، ويأكلوا الطعام ، ويدهنوا بالدهن ويقاتلوا بالسلاح ، ويركبوا الدواب ، ويلبسون الثياب إذا احتاجوا إلى ذلك) لما روى ابن

فَإِذَا خَرَجُوا إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ لَمْ يَجْزُ لَهُمْ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ ، وَيرُدُّونَ مَا فَضَّلَ مِنْهُمْ قَبْلَ الْقِسْمَةِ ، وَيَتَصَدَّقُونَ بِهِ بَعْدَهَا .

فصل

يَتَّبِعِي لِلْإِمَامِ أَوْ نَائِيهِ أَنْ يَعْزِضَ الْجَيْشَ عِنْدَ دُخُولِهِ دَارَ الْحَرْبِ لِيَعْلَمَ الْفَارِسَ مِنَ الرَّاجِلِ ؛

عمر رضى الله عنه أن جيشا غنموا في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم طعاما وعسلا فلم يأخذ منهم الخمس . وعن أوفى بن أبي أوفى أن الطعام يوم خيبر لم يخمس ، وكان الرجل إذا احتاج إلى شيء ذهب فأخذه . وكتب عمر رضى الله عنه إلى أمير الجيش بالشام : مر السكر فليأكلوا وليعطوا ولا يبيعوا بذهب ولا فضة ، هن باع بذهب أو فضة فقيه الخمس ، ولأنه يتعذر عليهم حمل الطعام أو العلف إلى دار الحرب والميرة منقطعة عنهم ، فإن أهل الحرب لا يبيعونهم فلم يجز لهم ذلك ضاق عليهم الأمر ، أو نقول الطعام والعلف لا يمكن حمله إلى دار الإسلام غالبا فلا تجزى فيه المجاعة فلذلك جاز ، ولا يجوز أن يبيعوا شيئا من ذلك بذهب ولا فضة ولا عروض ، لأنه إنما أبيع لهم ذلك للحاجة فلا يجوز لهم البيع كمن أباح طعامه لغيره ويردُّون الثمن إلى الغنيمة لأنه صار مالا يجزى فيه التمانع كثيره من الأموال (فإذا خرجوا إلى دار الإسلام لم يجز لهم شيء من ذلك) لأن الحاجة زالت ، ولأنه استقر حق الغائمين بالحيازة فلا ينتفع بعضهم بغير إذن الباقيين . قال (ويردُّون ما فضل منهم قبل القسمة ويتصدقون به بعدها) ليقسم على مستحقه ، فإن وقعت القسمة يتصدقون به ، يعنى إن كانوا أغنياء ، وإن كانوا محتاجين انتفعوا به لأنه لا يمكن قسمة ذلك بين جماعة الجيش فصار كمال لا يمكن إيصاله إلى مستحقه وحكمه ما ذكرنا كاللقطعة ، وإن انتفعوا به بعد خروجهم إلى دار الإسلام إن كان غنيا تصدق بقيمته بعد القسمة لما بينا ويردُّه إلى الغنيمة قبل القسمة لإصلا للحق إلى مستحقه ، وإن كان فقيرا ردَّ قيمته قبل القسمة ولا شيء عليه بعدها على ما بينا ، فإذا ذبحوا البقر أو الغنم ردَّوا الجلود إلى الغنيمة إذ لا حاجة لهم إليها ، ولا ينتفع بما ذكرنا من الأشياء إلا من له سهم من الغنيمة أو يرصخ له غنيا كان أو فقيرا ، ويطعم من معه من النساء والأولاد والمماليك ولا يطعم الأجير ، وكذلك المدد ، ولو أهداه إلى تاجر لا ينبغي أن يأكل منه إلا أن يكون خبز الخنطة أو طيبخ اللحم فلا بأس بالأكل منه لأنه ملكه بالاستهلاك .

فصل

(ينبغي للإمام أو نائبه أن يعرض الجيش عند دخوله دار الحرب ليعلم الفارس من الراجل)

لَقِنَ مَاتَ فَرَسُهُ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ سَهْمٌ فَارِسٍ ، وَإِنْ بَاعَهُ أَوْ وَهَبَهُ أَوْ رَهْنَهُ أَوْ كَانَ مُهْرًا أَوْ كَبِيرًا أَوْ مَرِيضًا لَا يَسْتَطِيعُ الْقِتَالُ عَلَيْهِ فَلَهُ سَهْمٌ رَاجِلٍ ، وَمَنْ جَاوَزَ رَاجِلًا ثُمَّ اشْتَرَى فَرَسًا فَلَهُ سَهْمٌ رَاجِلٍ ، وَتَقْسَمُ الْغَنِيمَةُ أَعْمَاسًا : أَرْبَعَةً مِنْهَا لِلْفَانِئِينَ ، لِلْفَارِسِ سَهْمَانِ (سَم) ، وَلِلرَّاجِلِ سَهْمٌ ،

ليقسم بينهم بقدر استحقاقهم (فن) دخل فارسا ثم (مات فرسه بعد ذلك فله سهم فارس) وكذا لو أخذه العدو قبل حصول الغنيمة أو بعدها ، لأن الفارس من أوجب على بلاد العدو بفرس فدخل فارسا ، لأن المقصود إرهاب العدو دون القتال عليها ، حتى إن من دخل فارسا وقاتل راجلا استحق سهم فارس ، وإرهاب العدو إنما يحصل بالدخول لأن عنده ينتشر الخبر ويصل إليهم أنه دخل كذا كذا فارسا ، وكذا كذا راجلا ويتعذر الوقوف عليهم عند القتال لأنه وقت التقاء الصفين وتعبئة الجيوش وترتيب الصفوف ، والوقت حينئذ يضيق عن اعتبار الفارس من الراجل ومعرفتهم وكتبهم ، وقد تقع الحاجة إلى القتال راجلا في المضائق وأبواب الحصون وبين الشجر ونحو ذلك ، فوجب أن يعتبر السبب الظاهر وهو المجاوزة لحصول المقصود به على ما بينا ، ولأن الله تعالى جعل الدخول في أرض العدو كإصابة العدو بقوله - ولا يطئون موطئا يغيظ الكفار ولا ينالون من هدوئنا إلا كتب لهم - قال (وإن باعه) أي فرسه (أو وهبه أو رهنه أو كان مهرا أو كبيرا أو مريضا لا يستطيع القتال عليه فله سهم راجل) لأن إقدامه على هذه التصرفات ومجاوزته بفرس لا يقدر عليه القتال دليل أنه لم يكن من قصده المجاوزة للقتال فارسا ، وروى الحسن عن أبي حنيفة : له سهم فارس اعتبارا للمجاوزة وصار كموته ، ولو باعه بعد القتال فله سهم فارس لحصول المقصود . قال (ومن جاوز راجلا ثم اشترى فرسا فله سهم راجل) لأن العبارة للمجاوزة لما بينا . وعن الحسن : إذا دخل وهو راجل فاشترى فرسا أو وهبه له أو استأجره أو استأمره وقاتل عليه فله سهم فارس ، فصار عن أبي حنيفة في شهود الواقعة روايتان ، وجه هذه الرواية أن الانتفاع بالفارس حالة القتال أكثر منها حالة المجاوزة ، فإذا استحق سهم فارس بالدخول ، فلأن يستحقه بالقتال أولى . وإذا غزا المسلمون في السفن فأصابوا غنائم فهم ومن في البر سواء ، ويعتبر فيهم حالة المجاوزة للفارس والراجل والنبي عليه الصلاة والسلام أسهم للخيال بخير وكانت حصونا ، لم يقاتلوا على الخيل وإنما قاتلوا رجالة ، ولأن من في السفن يحتاج إلى الخيل إذا وصلوا جزيرة أو ساحلا فصار كما في البر . قال (وتقسم الغنيمة أعماسا : أربعة منها للفانئين ، للفارس سهمان ، وللراجل سهم) والأصل فيه قوله تعالى - واعلموا أنما غنمنا من شيء فإن لله خمسه - الآية ، ذكر الخمس هوؤلاء ، بقيت الأربعة الأعماس للفانئين بدلالة قوله : غنمنا ، فإنه يشعر باستحقاقهم

وَلَا يُنْتَهَمُ لِيَقْتُلَ وَلَا رَاحِلَةً ، وَلَا يُسْتَهْمُ إِلَّا لِفَرَسٍ وَاحِدٍ (م) ، وَالْمَمْلُوكُ
وَالصَّبِيُّ وَالْمَكَاتِبُ يُرَضَّخُ هَمُّ دُونَ سَهْمٍ إِذَا قَاتَلُوا ، وَلِلْمَرْأَةِ إِنْ دَاوَتْ
الْجَرْحَى ، وَلِلذِمِّيِّ إِنْ أَعَانَ الْمُسْلِمِينَ أَوْ دَنَّهُمْ عَلَى عَوْرَاتِ الْكُفَّارِ وَالطَّرِيقِ ؛

لما بالاستيلاء ، وقال : للفارس ثلاثة أسهم لما روى ابن عمر رضي الله عنه « أن النبي عليه
الصلاة والسلام أسهم للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهما » ولأن الفرس يحتاج إلى من يخدمه
فصاروا ثلاثة . ولأن حنيفة أن القياس يأبى استحراق الفرس لأنه آلة كالسلاح تركناه
بالنص والنصوص مختلفة ، فروى أنه أعطى للفارس ثلاثة وروى سهمين ، وهو ما روى
عن المقداد « أن النبي عليه الصلاة والسلام أسهم له سهما ولفرسه سهما » وروى محمد بن
يعقوب بن جهم عن أبيه عن جده قال « شهدت خير مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ،
وكانت غنيمة خير على ثمانية عشر سهما ، كانت الخيل ثلاثمائة فرس والرجال ألفا
ومائتين ، فأعطى النبي عليه الصلاة والسلام للراجل سهما ولفرسه سهما » فلما اختلفت
النصوص ، فأبو حنيفة أثبت المتفق عليه وحل الباقي على الأصل ولأن الانتفاع بالفارس أعظم
من الفرس ألا يرى أن الفارس يقتل بانفراده ولا تأثير للفرس بانفراده ، فلا يجوز أن
يستحق الفرس أكثر من صاحبه ، ولأنه لا يجوز تفصيل البيعة على الآدي . وقد روى
نافع عن ابن عمر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم مثل مذهب أبي حنيفة
فتعارضت روايته فكان ما وافق غيره أولى . قال (ولا يسهم لبغل ولا راحلة) لأنه
لا يصلح للكر والفرس فصار كالراجل (ولا يسهم إلا لفرس واحد) وقال أبو يوسف :
يسهم لفرسين لما روى « أنه عليه الصلاة والسلام أسهم لفرسين » ولأن الواحد قد يعيا
فيحتاج إلى الآخر ، ولهما ما روى « أن الزبير بن العوام حضر خير بأفراس فلم يسهم
النبي عليه الصلاة والسلام إلا لفرس واحد » ولأن القتال على فرسين غير ممكن ،
والحاجة تندفع بالواحد فصار الثاني كالثالث . وجوابه أن القياس يمنع الإسهام للخيل
إلى آخر ما ذكرنا ، وأثبت من الخيل والمقر (١) والمعين والبرذون سواء ، لأن اسم
الخيل ينطلق على الكل ؛ ولأن العتيق إن اختص بزيادة القوة في الطلب والحرب ،
فالبرذون اختص بزيادة الثبات على حل السلاح وكثرة الإعطاف فتساوى في المنفعة
فيسويان في سبب الاستحقاق . قال (والمملوك والصبي والمكاتب يرَضَّخُ هَمُّ دُونَ سَهْمٍ إِذَا
قَاتَلُوا ، وَلِلْمَرْأَةِ إِنْ دَاوَتْ الْجَرْحَى ، وَلِلذِمِّيِّ إِنْ أَعَانَ الْمُسْلِمِينَ أَوْ دَنَّهُمْ عَلَى عَوْرَاتِ الْكُفَّارِ
وَالطَّرِيقِ) والأصل أن كل من لا يلزمه القتال في غير حالة الضرورة لا يسهم له لأنه ليس

(١) قوله والعتيق والمقر . العتيق : هو الجواد الراجع . والمقر : هو الذي أمه
عربية وأبوه ليس عربى .

وَالْخُمْسُ الْآخِرُ يُقَسَّمُ ثَلَاثَةَ أَشْهُمٍ لِلْبَيْتِ وَالْمَسَاكِينِ وَأَبْنَاءِ السَّبِيلِ ، وَمَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْقُرْبَى بِصِفَتِهِمْ يُقَدَّمُ عَلَيْهِمْ .

من أهله ، ومن يلزمه القتال يسهم له لأنه من أهله ، لأننا لو أسهمنا لكل لسوينا بينهم ولا يجوز ، والدليل عليه ما روى أبو هريرة أنه عليه الصلاة والسلام كان لا يسهم للعييد والنساء والصبيان . وعن ابن عباس أنه يرضخ لهم . وقال عليه الصلاة والسلام : لا تجعلوهم كأهل الجهاد ، واستعان عليه الصلاة والسلام باليهود على اليهود فلم يسهم لهم ، والمرأة عاجزة عن القتال طبعاً فتقوم مداواة الجرحى منها مقام القتال لما فيه من منفعة المسلمين . والأجير إذا قاتل . قال محمد : إن ترك خدمة صاحبه وقاتل استحق السهم وإلا لاشيء له ، ولا يجتمع له أجر ونصيب في الغنمة . وجملة أن من دخل للقتال استحق السهم قاتل أو لم يقاتل ومن دخل لغير القتال لا يستحقه إلا أن يقاتل إذا كان من أهل القتال ، فالسوق والتاجر دخلاً للمعاش والتجارة ولم يدخل للقتال ، فإن قاتل صاراً بالفعل كن دخل للقتال والأجير إنما دخل لخدمة المستأجر لا للقتال ، فإذا ترك الخدمة وقاتل صار كأهل العسكر . قال (والخمس الآخر يقسم ثلاثة أسهم للبيتى والمساكين وأبناء السبيل ، ومن كان من أهل القرى بصفتهم يقدم عليهم) لما تلو من الآية ، إلا أن ذكر اسم الله تعالى للتبرك في افتتاح الكلام ، إذ الدنيا والآخرة لله تعالى ، ولأن الأئمة المهديين والخلفاء الراشدين لم يفرّدوا هذا السهم ولم ينقل عنهم ، ولما لم يفعلوه دلّ على ما ذكرنا ، وأما سهم النبي عليه الصلاة والسلام فكان يستحقه بالرسالة ، كما كان يستحق الصق من المغنم ، وهو ما كان يختاره من دوح أو سيف أو جارية لنفسه فسقط بموته جميعاً إذ لا رسول بعده . وقال صلى الله عليه وسلم « مالى فيما آفاه الله عليكم إلا الخمس ، والخمس مردود فيكم » وكذلك الأئمة المهديون لم يفرّدوه بعده عليه الصلاة والسلام ، ولو بقى بعده أو استحقه غيره لصرّفوه إليه . وأما سهم ذوى القرى فانهم كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة وبعده بالفقر لما روى « أن جبير بن مطعم وعثمان بن عفان رضى الله عنهما جاءا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالا : يا رسول الله إنا لاننكر فضل بنى هاشم لمكانك منهم الذى وضعتك الله فيهم أرأيت بنى المطلب أعطيتهم ومنعتنا وإنا هم ونحن منك بمنزلة فقال : إنهم لم يفارقوني في جاهلية ولا إسلام » وهذا يدلّ على أن الاستحقاق بغير القرابة وإنا بكونهم معه بنصرته ، ولما روى أنه عليه الصلاة والسلام أعطى بنى المطلب وحرم بنى أمية وهم إليه أقرب ، لأن أمية كان أخا هاشم لأبيه وأمه والمطلب أخوه لأبيه ، فلو كان الاستحقاق بالقرابة لكان بنو أمية أولى ، وبهذا تبين أن المراد قرب النصرة لا قرب النسب ، ولأن أبا بكر وعمر وعثمان وعلياً رضى الله عنهم

وإذا دخل جماعة لهم متعة دار الحرب فأخذوا شيئاً خمس وإلا فلا ،
ويجوز التنفيل قبل إحراز الغنيمة ، وقيل أن تضع الحرب أوزارها ،
فيقول الإمام : من قتل قتيلاً فله سلبه ، أو من أصاب شيئاً فله ربهه
وبعد الإحراز يتقبل من الخمس ،

قسموه على ثلاثة كما قلنا وكفى بهم قلة ، وإنما يعطى من كان منهم على صفة الأصناف
الثلاثة لقوله عليه الصلاة والسلام « يا بني هاشم إن الله تعالى كره لكم أوساخ الناس
وعوضكم عنها بخمس الخمس » والصدقة إنما حرمت على قرائهم لأنها كانت محرمة على
أغنيائهم وأغنياء غيرهم ، فيكون خمس الخمس لمن حرمت الصدقة عليه . وما روى أن
عمر رضي الله عنه كان ينكح منه أيهم ويقضى منه غارمهم ، ويخدم منه عائلهم ، وكان
ذلك بمحض من الصحابة من غير تكبر ، وإذا ثبت أنه لاسهم لله تعالى وسهم النبي عليه
الصلاة والسلام سقط ، وسهم ذوى القربى يستحقونه بالفقر ، لم يبق إلا الأصناف الثلاثة
التي ذكرناها فوجب أن يقسم عليهم ، ويدخل ذوو القربى فيهم إذا كانوا بصفتهم . قال
(وإذا دخل جماعة لهم متعة دار الحرب فأخذوا شيئاً خمس وإلا فلا) .

اعلم أنه الداخل دار الحرب لا يخلو إما أن كان لهم متعة أولاً ، ولا يخلو إما أن كان
بأذن الإمام أولاً ، فإن كان لهم متعة لما أخذوه بخمس ، سواء كان بأذن الإمام أو لم يكن
لأنهم إنما أخذوا بقوة المسلمين ، وقد أخذوا قهراً وغلبة فكان غنيمة ، ولهذا يجب على
الإمام أن ينصرهم ، لأن في خلعهم وهنا للمسلمين فكان المأخوذ بقوة المسلمين فيخمس .
وإن لم يكن لهم متعة فإن كان بأذن الإمام خمس ، لأن الإمام لما أذن لهم فقد التزم
نصرهم بامدادهم بالمسكر فكان المأخوذ بقوة المسلمين فيخمس ، وروى أنه لا يخمس
لأنهم لا يقدرون على مغالبة الكفار فلا يكون غنيمة وإنما هو تلصص ، وإن كان بغير إذن
الإمام لا يخمس لأنه ليس بغنيمة لأنه لم يؤخذ بقوة المسلمين ، ولا يلزم الإمام نصرتهم لأنه
لم يأمرهم ولا واهن على الإسلام في ترك نصرتهم فلا يخمس كالذي يأخذ التاجر واللعن ،
وإذا لم يكن غنيمة لما أخذه كل واحد فهو له خاصة لأنه مأخوذ على أصل الإباحة كالخيش
والعبد لما مر في الشركة . قال (ويجوز التنفيل قبل إحراز الغنيمة وقبل أن تضع الحرب
أوزارها ، فيقول الإمام : من قتل قتيلاً فله سلبه ، أو من أصاب شيئاً فله ربهه) ونحو
ذلك (وبعد الإحراز يتقبل من الخمس) .

اعلم أن التل في اللغة اسم للقيمة ، وفي الشريعة : اسم لما خصه الإمام لبعض الغزاة
نحريضا لهم على القتال لزيادة قوة وجراة منهم ، ويجوز ذلك لما روى أنه عليه الصلاة
والسلام نفل يوم بدر فقال « من قتل قتيلاً فله سلبه » وعن مالك أنه قال ذلك يوم خيبر ،

وَسَلَبَ الْمُقْتُولُ : سِلَاحَهُ وَكِيَابَهُ وَفَرَسَهُ وَآلَتَهُ وَمَا عَلَيْهِ وَمَعَهُ مِنْ قُمَاشٍ وَمَالٍ ، وَإِذَا لَمْ يُنْقَلْ بِالسَّبِّ فَهُوَ مِنْ "جَمَلَةِ الْغَنِيمَةِ" .
وَإِذَا اسْتَوَى الْكُفَّارُ عَلَى أَمْوَالِنَا وَأَحْرَزُوهَا بِدَارِهِمْ مَلَكَوْهَا ، فَإِنْ ظَهَرْنَا عَلَيْهِمْ قَتْنٌ وَجَدَ مِلْكَهُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ أَخَذَهُ بِغَيْرِ شَيْءٍ ، وَبَعْدَهَا بِالْقِيَمَةِ إِنْ شَاءَ ، وَإِنْ دَخَلَ تَاجِرٌ وَاشْتَرَاهُ فَقَالِكُمْ إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِشَيْئِهِ ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ ، وَإِنْ وَهَبَ لَهُ أَخَذَهُ بِالْقِيَمَةِ .

ولما فيه من التحريض على القتال المنسوب إليه بقوله تعالى - يا أيها النبي حرّض المؤمنين على القتال - ولأن الشجعان يرغبون في النفل فيخطرون بأنفسهم ويقدمون على القتال ، ولهذا قلنا إنها يجوز قبل الإحراز لأنها حينئذ تفيد التحريض والحث على القتال ، أما إذا أحرزت فقد استقر حق الغنائم فيها فلا يجوز التنفل لما فيه من إسقاط حق البعض لأنه لا يفيد فائدة التحريض بل إبعاد عن القتال لما فيه من إبطال حق الغنائم عن بعض الغنيمة . قال محمد : وما روى أنه عليه الصلاة والسلام نفل بعد الإحراز إنما كان من الخمس أو من الصبي فغلط قوم فظنوا أن النفل يجوز بعد إحراز الغنيمة ، وما قاله محمد صحيح لأنه لا يجوز تصرف الإمام بعد الإحراز إلا في الخمس لما بينا ، ويجوز من الخمس لأنه لاحق للغنائم فيه . قال (وسلب المقتول : سلاحه وكيابه وفرسه وآلته وما عليه ومعهم قماش ومال) أما ما كان مع غلامه أو على فرس آخر من أمواله فهو غنيمة للكل ، وإذا جعل الإمام السلب للقاتل انقطع حق الباقيين عنه ، إلا أنه يثبت ملكه بالإحراز على ما بينا ، ولا ينجم السلب إلا أن يقول فله سلبه بعد الخمس فإنه ينجس ، وكذلك إن جعل لهم الربع أو النصف أو الثلث مطلقا لم ينجس ، فإن قال لكم الربع بعد الخمس فانه ينجس ، ولا ينبغي للإمام أن ينفل بجميع المأخوذ ، لأن الغنيمة حق السكّر ، فإذا نفل الجميع قطع حق الضعفاء عنها وأبطل السهام التي جعلها الله تعالى في الغنيمة ، قالوا هذا هو الأولى ، فإن فعله مع سرية جاز لجواز أن تكون المصلحة في ذلك ، وإذا لم ينفل بالسلب فهو من جملة الغنيمة لا يستحقه القاتل ، قال عليه الصلاة والسلام « ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه » .

فصل

(وإذا استولى الكفار على أموالنا وأحرزوها بلدارهم ملكوها ، فإن ظهرنا عليهم فن وجد ملكه قيل : القسمة أخذه بغير شيء وبعدما بالقيمة إن شاء ، وإن دخل تاجر واشترى فالكه إن شاء أخذه بشئته ، وإن شاء ترك وإن وهب له أخذه بالقيمة) لما روى ابن عباس

وَأَنَّ غَلَبَ بَعْضُ أَهْلِ الْحَرْبِ بَعْضًا وَأَخَذُوا أَمْوَالَهُمْ مَلَكَوْهَا ، وَلَا يَمْلِكُونَ عَلَيْنَا مَكَاتِبِنَا وَمُدَبِّرِينَ وَأَمْهَاتٍ أَوْلَادِنَا وَأَحْرَارَنَا ، وَإِنْ أَبَقَ لِأَيِّهِمْ عَبْدٌ لَمْ يَمْلِكُوهُ (سم) ،

أن رجلاً وجد بعيراً له في الغنم قد كان المشركون أصابوه قبل ذلك ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء » ، وإن وجدته بعد ما قسم أخذته بالقيمة إن شئت ، ولو لم يملكوه لما أوجب القيمة . وعن تميم بن طرفة أن العدوّ غلب على ناقة أو بعير لرجل ، فاشتراه رجل من العدوّ ، فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم ، فقال : « خذه بالثمن إن شئت وإلا فهو لهم » وهذا يدل على صحة ملك أهل الحرب إذ لولا ذلك لم يلزمه الثمن . وعن عمر وابنه وزيد بن ثابت وأبي عبيدة بن الجراح رضى الله عنهم مثل مذهبتنا . وعن علي رضى الله عنه أنه قال : من اشترى ما أحرزه العدوّ فهو جائز ، ولأنه يجب على جميع المسلمين حق الرد عليه ، لأنه يجب عليهم استنقاذه من أيدي الكفار قلما لهم عن العود إلى مثله وقبل القسمة قد حصل لهم بغير عوض والرد مستحق عليهم فلزمهم الدفع إليه . أما بعد القسمة فقد حصل له بعوض وهو نصيبه من الغنيمة التي سلم لسائر الغانمين ولم يستحقّ عليه بذل المال في الرد ، فلذلك وجب أن يفرغ له العوض الذي ليس بمستحق ، وكذلك المشتري منهم حصل له بعوض ليس بمستحقّ عليه فلذلك رجع بالثمن . وأما الموهوب له فلائنه ملكه بعقد فصار كالبيع ، وليس فيه عوض مسمى فيأخذه بالقيمة كما بعد القسمة ، فإن أسلموا عليها أو صاروا ذمة أو اشتراه حربى فأسلم أو دخل إلينا بأمان فهو لهم ، لقوله عليه الصلاة والسلام « من أسلم على مال فهو له » وإن أسلموا قبل الإحراز بدارهم ردوه على المالك الأوّل لعدم ثبوت ملكهم لبقاء العصمة . وأما التقود والمكيل والموزون إن وجده قبل القسمة أخذه بغير شيء كما قلنا ، وبعد القسمة لاسبيل له عليها ، لأنه لو أخذها أخذه بمثلها ولا فائدة فيه . قال (وإن غلب بعض أهل الحرب بعضاً وأخذوا أموالهم ملكوها) لامتلاكهم على مال مباح ، فإذا ظهرنا عليها فأخذناها ملكناها كسائر أموالهم . قال (ولا يملكون علينا مكاتيبنا ومدبرينا وأمّهات أولادنا وأحرارنا) لأن الأصل في الأدب الحرية ، والحرية مقتضى قوله تعالى - ولقد كرّمنا بني آدم - إلا أن الشرع جعله محلاً للتملك جزاء عن استنكافه عن طاعة الله تعالى ، وذلك في حق الكافر دون المسلم ، لأن الملك في الرقاب بناء على الرق ولا رقّ علينا ، وفي المال بناء على المالية والكل فيه سواء . قال (وإن أبى إليهم عبد لم يملكوه) عند أئني حنيفة . وقالوا : يملكونه كما إذا أخذوه من دارنا أو في الوقعة . وله أنه لما خرج

وَإِذَا خَرَجَ عَسِيدُهُمْ إِلَيْنَا مُسْلِمِينَ فَهُمْ أَحْرَارٌ ، وَكَذَلِكَ إِنْ ظَهَرْنَا عَلَيْهِمْ وَقَدْ أَسْلَمُوا . وَإِذَا اشْتَرَى الْمُسْتَأْمَنُ عَبْدًا مُسْلِمًا وَأَدْخَلَهُ دَارَ الْحَرْبِ عَتَقَ عَلَيْهِ (س) ، وَإِذَا دَخَلَ الْمُسْلِمُ دَارَ الْحَرْبِ بِأَمَانٍ لَا يَتَعَرَّضُ لِيَقْتُلَ مِنْ دِمَائِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ ، فَإِنْ أَخَذَ شَيْئًا وَأَخْرَجَهُ تَصَدَّقَ بِهِ .

من دارنا زالت يد المولى عنه وظهرت يده على نفسه ، لأن سقوط يده باعتبار يد المولى ليتمكن من الانتفاع به فصار معضوما بنفسه فلم يبق محلا للملك فلا يثبت لهم فيه ملك ، وبعد ذلك إن ظهرنا عليهم أخذهم المالك القديم قبل القسمة وبعدها ، ويؤدى عوضه من بيت المال لتعذر إعادة القسمة بعد تفريق الغنائم ، ولا جعل على المالك لأن الغنائم إنما عمل لنفسه لأنه يزعمه ملكه ، وكذلك إن كان مشترى أو موهوبا يأخذه بغير شيء لأنه لم يملكه فلم يصح تصرفه فيه . قال (وإذا خرج عبيدهم إلينا مسلمين فهم أحرار ، وكذلك إن ظهرنا عليهم وقد أسلموا) لأنه عليه الصلاة والسلام قضى بعقيد خرجوا من الطائف وقد أسلموا وقال هم عتقاء الله ، ولأنه أحرز نفسه بالحقاقه بمنعة المسلمين ويده أسبق من يد المسلمين فكانت أولى . قال (وإذا اشترى المستأمن عبدا مسلما وأدخله دار الحرب عتق عليه) وقالوا : لا يعتق لأنه يجب عليه إزالته عن ملكه بأن يجبر على ذلك ولا جبر فيق على حاله . ولأن حنيفه أن خلاص المسلم عن رق الكافر واجب ما أمكن ، وقد تعذر جبره على ذلك ، فأقمنا تباین الدارين مقام الاعتناق ، كما إذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب أقمنا مضى ثلاث حيض مقام التفريق . قال (وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان لا يتعرض لشيء من دمايهم وأموالهم) لأن فيه غلرا بهم وأنه منهي عنه (فان أخذ شيئا وأخرجه تصدق به) لأنه ملكه بأمر محظور وهو الغلر والخيانة وسبيله التصديق به لأنه ملك خبيث ، بخلاف الأسير لأنه غير مستأمن ، ولم يلتزم ترك التعرض لهم فباح له التعرض وإن أطلقوه . ولو دخل مسلم دار الحرب فأدانه حربى أو أذانه حزيبا أو غصبه أحدهما صاحبه ثم خرج المسلم أو استأمن الحربى لم يقض بينهما شيء من ذلك . أما الغصب فلا لأنه صار ملكا للذى أخذه لاستيلائه على مال مباح . وأما المدانية فلا لأنه لا ولاية لنا عليهما وقت الإدانة والقضاء يعتمد الولاية ، ولا على المستأمن وقت القضاء لأنه ما ألزم أحكامنا في الماضى ، وكذلك الحربيان إذا فعلا ذلك ثم خرجا مستأمنين لما بيننا ، ولو خرجا مسلمين قضى بينهما بالديون دون الغصب لما مر ، وأما الذنب فلوقوعه صحيحا عن تراض ، والولاية ثابتة لالتزامهما أحكامنا وقتل .

فصل

وَإِذَا دَخَلَ الْحَرْبُ دَارَنَا بِأَمَانٍ يَقُولُ لَهُ الْإِمَامُ : إِنَّ أَقَمْتَ سَنَةً وَضَعْتَ عَلَيْكَ الْجِزْيَةَ ، فَإِنْ أَقَامَ صَارَ ذِمِّيًّا ، وَلَا يُمْكِنُ مِنَ الْعَوْدِ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ وَقَّتَ الْإِمَامُ دُونَ السَّنَةِ فَأَقَامَ ، وَكَذَلِكَ إِذَا اشْتَرَى أَرْضَ خَرَاجٍ فَأَدَّى خَرَاجَهَا ، وَإِذَا تَزَوَّجَتِ الْحَرَبِيَّةُ بِذِمِّيٍّ صَارَتْ ذِمِّيَّةً ، وَلَوْ تَزَوَّجَ حَرَبِيٌّ بِذِمِّيَّةٍ لَا يَبْصِرُ ذِمِّيًّا . وَالْجِزْيَةُ ضَرْبَانِ : مَا يُوضَعُ بِالْتَّرَاضِي ، فَلَا يُتَعَدَّى عَنْهَا .

فصل

(وَإِذَا دَخَلَ الْحَرْبُ دَارَنَا بِأَمَانٍ يَقُولُ لَهُ الْإِمَامُ : إِنَّ أَقَمْتَ سَنَةً وَضَعْتَ عَلَيْكَ الْجِزْيَةَ) وَأَصْلُهُ أَنَّ الْحَرْبَ لَا يُمْكِنُ مِنَ الْإِقَامَةِ فِي دَارِنَا دَائِمًا إِلَّا بِأَحَدٍ مَعْنَيْنِ : إِمَّا الْأَسْتِرْقَاقَ ، أَوْ الذِّمَّةَ ، لِأَنَّهُ رُبَّمَا يَطْلُعُ عَلَى عَوْرَاتِ الْمُسْلِمِينَ فَيُدَلُّ عَلَيْهَا وَلَا يَمْنَعُ مِنَ الْمُدَّةِ الْبَسِيرَةِ ، فَقَوْلُهُ تَعَالَى - وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ - إِلَى قَوْلِهِ - ثُمَّ أَبْلَغْهُ مَأْمَنَهُ - وَفِي مَنَعِهِمْ قَطْعُ الْجُلُوبِ وَالْمِيرَةِ وَسَدُّ بَابِ التَّجَارَةِ ، وَرُبَّمَا مَنَعُوا تِجَارَتَنَا مِنَ الدَّخُولِ إِلَيْهِمْ وَفِيهِ مِنَ الْفَسَادِ مَا لَا يَحْتَسِبُ ، وَإِذَا كَانَ لَا يَجُوزُ الْمَقَامُ الْكَثِيرُ وَيَجُوزُ الْقَلِيلُ ، فَلَا يَدْرِي مِنَ الْخَدِّ الْفَاصِلِ فَقَدَّرْنَاهُ بِالسَّنَةِ لِأَنَّهَا مَدَّةٌ تَحِبُّ فِيهَا الْجِزْيَةُ فَتَكُونُ الْإِقَامَةُ لِمَصْلَحَةِ الْجِزْيَةِ . قَالَ (فَإِنْ أَقَامَ) يَعْنِي سَنَةً (صَارَ ذِمِّيًّا) لِاتِّزَامِهِ الْجِزْيَةَ بِشَرْطِ الْإِمَامِ فَيُوضَعُ عَلَيْهِ الْجِزْيَةُ (وَلَا يُمْكِنُ مِنَ الْعَوْدِ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ) لِأَنَّ عَقْدَ الذِّمَّةِ لَا يَنْقُضُ ، وَلَئِنْ فِيهِ مُضَرَّةٌ لِلْمُسْلِمِينَ يَجْعَلُ وَلَدَهُ حَرْبًا عَلَيْنَا وَبِانْقِطَاعِ الْجِزْيَةِ . قَالَ (وَكَذَلِكَ إِنْ وَقَّتَ الْإِمَامُ دُونَ السَّنَةِ فَأَقَامَ) لِأَنَّهُ يَبْصِرُ مَلْتَزِمًا . قَالَ (وَكَذَلِكَ إِذَا اشْتَرَى أَرْضَ خَرَاجٍ فَأَدَّى خَرَاجَهَا) لِأَنَّ خَرَاجَ الْأَرْضِ كَخَرَاجِ الرَّأْسِ لِأَنَّهُ إِذَا أَدَّاهُ قَدْ تَرَمَّ الْمَقَامُ فِي دَارِنَا وَلَا يَبْصِرُ ذِمِّيًّا بِمَجْرَدِ الشِّرَاءِ لِاحْتِمَالِ الشِّرَاءِ لِلتَّجَارَةِ ، وَلَوْ أَجْرَهَا مِنْ مُسْلِمٍ وَأَخَذَ الْإِمَامُ الْخَرَاجَ مِنَ الْمُسْتَأْجِرِ وَرَأَى ذَلِكَ عَلَى الزَّوَارِعِ لَمْ يَبْصُرْ ذِمِّيًّا ، لِأَنَّ الْإِمَامَ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ الْخَرَاجُ فَلَمْ يَبْصُرْ ذِمِّيًّا بِمِلْكِ الْأَرْضِ ، وَيَبْصِرُ ذِمِّيًّا حِينَ وَجِبَ عَلَيْهِ الْخَرَاجُ ، فَتُؤْخَذُ مِنْهُ الْجِزْيَةُ بَعْدَ سَنَةٍ مِنْ يَوْمِ وَجِبَ عَلَيْهِ الْخَرَاجُ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ صَارَ ذِمِّيًّا قَالَ : (وَإِذَا تَزَوَّجَتِ الْحَرَبِيَّةُ بِذِمِّيٍّ صَارَتْ ذِمِّيَّةً ، وَلَوْ تَزَوَّجَ حَرَبِيٌّ بِذِمِّيَّةٍ لَا يَبْصِرُ ذِمِّيًّا لِأَنَّهَا تَرْتَمَّ الْمَقَامَ مَعَهُ وَلَمْ يَلْزَمْهُ هُوَ لِأَنَّهُ يَطْلُقُهَا وَيَعُودُ . قَالَ (وَالْجِزْيَةُ ضَرْبَانِ : مَا يُوضَعُ بِالْتَّرَاضِي فَلَا يُتَعَدَّى عَنْهَا) لِأَنَّهَا وَجِبَتْ بِالرَّضَى ، فَلَا يَجِبُ غَيْرُ مَا رَضَى بِهِ ، وَلَئِنْ فِيهِ تَرَكَ الْوَقَاءَ بِالْعَقْدِ ، وَقَدْ صَالَحَ عَلَيْهِ الْعِلَاةُ وَالسَّلَامُ نَصَارَى نَجْرَانَ

وَجَزِيَّةٌ يَضَعُهَا الْإِمَامُ إِذَا غَلَبَ الْكُفَّارُ وَأَقْرَهُمْ عَلَى مِلْكِهِمْ ، فَيَبْذُرُ عَلَى
الظَّاهِرِ الْغَنَى فِي كُلِّ سَنَةٍ ثَمَانِيَّةً وَأَرْبَعِينَ دِرْهَمًا ، وَعَلَى الْمُتَوَسِّطِ أَرْبَعَةَ
وَعِشْرِينَ دِرْهَمًا ، وَعَلَى الْفَقِيرِ اثْنَيْ عَشَرَ دِرْهَمًا ، وَتَجِبُ فِي أَوَّلِ الْحَوْلِ
وَتَتَوَخَّذُ فِي كُلِّ شَهْرِ بِقِسْطِهِ ، وَتَوْضَعُ عَلَى أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْجُوسِ وَعِبْدَةِ
الْأَوْتَانِ مِنَ الْعَجَمِ ، وَلَا يَحْمُوزُ مِنَ الْعَرَبِ وَالْمُرْتَدِّينَ ،

على ألف ومائتي حلة وكانت جزية بالصلح (وجزية يضعها الإمام إذا غلب الكفار
وأقرهم على ملكهم ، فيضع على الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية وأربعين درهما ، وعلى
المتوسط أربعة وعشرين درهما ، وعلى الفقير اثني عشر درهما ، وتجب في أول الحول
وتؤخذ في كل شهر بقسطه) هكذا روى عن عمر وعثمان وعلى رضي الله عنهم من غير
نكير من غيرهم فكان إجماعا ، وما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال لمعاذ « خذ من كل
حالم وحاملة ديناراً أو عدله معاف » فهو محمول على الصلح ، ألا ترى أنه قال وحاملة ،
ولا جزية على النساء إلا في المصالحة كما صالحو عمر رضي الله عنه نصارى بني تغلب على
ما قرره في الزكاة .

واختلفوا في حد الغنى والمتوسط والفقير ، واختار أن ينظر في كل بلد إلى حال أهله
وما يعتبرونه في ذلك ، فإن عادة البلاد في ذلك مختلفة ، وإنما قلنا إنها تجب في أول الحول
لأنها وجبت لإسقاط القتل فتجب للحال كالواجب بالصلح عن دم العمد ، ولأن المعوض
قد سلم لهم فوجب أن يستحق المعوض عليهم كالمغن وقسطناها على الأشهر تخفيفاً وليكنه
الأداء . قال (وتوضع على أهل الكتاب والمجوس وعبد الأوثان من العجم) أما أهل
الكتاب فلقوله تعالى - قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله - إلى أن قال - من الذين أوتوا الكتاب
حتى يعطوا الجزية عن يد . - وأما المجوس فلما روى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه
قال : ما أصنع بهم ؟ فقال عبد الرحمن بن عوف : سمعت رسول الله عليه الصلاة والسلام
يقول « سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكح نسائهم ولا آكل ذبائحهم » فوضع عليهم
الجزية . وأما عبدة الأوثان من العجم فلأنه يجوز استرقاقهم فيجوز أخذ الجزية من رجالهم
كالكتابي والمجوسى ، أو لأنه لما جاز إيقاؤهم على الكفر بأحد الشيثين وهو الرق جاز
بالآخر وهو الجزية (ولا يجوز) أخطاعهم من عبدة الأوثان (من العرب و) لامن (المرتدين)
لأنه لا يجوز إيقاؤهم على الكفر بالرق فكذلك بالجزية ، لأن كفرهم أقيح وأغلظ . أما العرب
فأنهم بالغوا في آذائه صلى الله عليه وسلم بالكذب وإخراجه من وطنه ، فتغلظت عقوبتهم
فلا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف . وقال عليه الصلاة والسلام يوم حنين « لو كان
يجرى على عربى رق لكان اليوم ، وإنما الإسلام أو السيف » . وأما المرتد فلائنه كفر

ولا جزية على صبي ، ولا امرأة ، ولا مجنون ، ولا عبد ، ولا مكاتب ، ولا زمن ، ولا أعمى ، ولا مقعد ، ولا شيخ كبير ، ولا الرهايين المنعزلين ، ولا فقير غير متمتع ، وتسقط بالموت والإسلام ،

بعد إسلامه وإطلاعه على عاسن الإسلام . وقال عليه الصلاة والسلام : من بدل دينة فاقطوه ، ويسترق نساء العرب ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم استرقهم كما استرق أهل الكتاب ، ولا يجبرون على الإسلام . وأما المرتدة فتجبر على ما يأتي إن شاء الله تعالى . قال (ولا جزية على صبي ، ولا امرأة ، ولا مجنون ، ولا عبد ، ولا مكاتب ، ولا زمن ، ولا أعمى ، ولا مقعد ، ولا شيخ كبير) وأصله أن الجزية شرعت جزاء عن الكفر وحلها له على الإسلام فتجرى مجرى القتل ، فمن لا يعاقب بالقتل لا يؤاخذ بالجزية ، فإذا حصل الزاجر في حق المقاتلة وهم الأصل انزجر التبعية ، أو نقول : وجبت لإسقاط القتل ، فمن لا يجب قتله لا توضع عليه الجزية ، وهؤلاء لا يجوز قتلهم فلا جزية عليهم ، ولأن عمر رضى الله عنه لم يضع على النساء جزية . وعن أبي يوسف أنها تجب على الزمن والأعمى والشيخ الكبير إذا كان لهم مال ، لأنها وجبت على الفقير المتمتع ، ووجود المال أكثر من العمل ، ولأنه يجوز قتل من كان له رأى في الحرب وكان له مال يعين به فتجب عليه الجزية كذلك قال (ولا) على (الرهايين المنعزلين ، ولا فقير غير متمتع) والمراد الرهايين الذين لا يقبلون على العمل والسياحين ونحوهم . أما إذا كانوا يقتلوا على العمل فيجب عليهم وإن اعتزلوا وتركوا العمل لأنهم يقبلون على العمل فصاروا كالمتمتعين إذا تركوا العمل فتؤخذ منهم الجزية كتعطيل أرض الخراج . وأما الفقير الغير المتمتع ، فلأن عمر رضى الله عنه شرط كونه معتمدا وأنه دليل عدم وجوبها على غير المتمتع ، ولأنه غير مطبق للأداء فيعتبر بالأرض التي لا تصلح للزراعة اعتبارا لخراج الرأس بخراج الأرض ، ولا جزية على الفقير الضعيف لما سبق في الزكاة من صلحهم أنه يؤخذ منهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين ، ولا شيء على الفقير المسلم ، ولو مرض الذي جميع السنة لجزية عليه ، لأنها تجب على الصحيح المتمتع لما بينا ، ولو مرض أكثر السنة سقطت أيضا إقامة للأكثر مقام الكل ، وكذلك لو مرض نصف السنة لأنها بقوة فيترجع المسقط ، ولو أدرك الصبي وأفاق المجنون وعق العبد وبرئ المريض قبل وضع الإمام الجزية وضع عليهم ، وبعد وضع الجزية لا يوضع عليهم ، لأن المعتبر أهلبيتهم دون الوضع ، لأن الإمام يخرج في تعرف حالهم في كل وقت ولم يكونوا أهلا وقت الوضع ، بخلاف الفقير إذا أيسر بعد الوضع حيث يوضع عليهم ، لأن الفقير أهل للجزية ، وإنما سقطت عنه للجزء وقد زال . قال (وتسقط بالموت والإسلام) لأنها شرعت للزجر عن الكفر وحلها على الإسلام ،

وإذا اجتمعت حولان تداخلت (سم) . وينبغي أن تؤخذ الجزية على وصف الذل والصغار ، ويقول له : أعط الجزية يا عدو الله ، ولا ينتقص عهدهم إلا بالحق يدرك الحرب ، أو إن تغلبوا على موضع فيحاربونا فتصير أحكامهم كالمرتدين ، إلا أنه إذا ظفرنا بهم نسترقهم ولا نجبرهم على الإسلام ، ويؤخذ أهل الجزية بما يتميزون به عن المسلمين في ملابسهم ومراكبهم .

ولاحاجة إلى ذلك بعد الموت والإسلام لما بينا أنها بدل عن القتل ، وقد سقط القتل عنهما . ولأنها وجبت على وجه الصغار ، وقد تعدر ذلك بالموت والإسلام . قال (وإذا اجتمعت حولان تداخلت) فلا تجب إلا واحدة ، وقالوا : تؤخذ لجميع ما مضى ، لأن مضي المدة لا تأثير له في إسقاط الواجب كالديون . ولأن حنيفة أنها عقوبة على الكفر ، والأصل في العقوبات التداخل كالجلود ، أو لأنها للزجر ، والزجر عن الماضي محال (وينبغي أن تؤخذ الجزية على وصف الذل والصغار) كما قال تعالى - حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون - فيكون الآخذ قاعدا والذلي قائما بين يديه ويؤخذ بتلييه وبهزة هزا (ويقول له : أعط الجزية يا عدو الله) ولا تجرى فيها الثيابة لأنها عقوبة ، وعندها تجوز الثيابة لأنها للزجر بتنقيص المال ، وتنقيص المال يحصل به وبنائه ، ويجوز تعجيل الجزية سنتين وأكثر كالخراج ، فلو عجل لسنتين ثم أسلم رد خراج سنة واحدة لأنه أداه قبل الوجوب ، ولا يرد خراج السنة الأولى إذا مات أو أسلم بعد دخولها لأنه أداه بعد الوجوب . قال (ولا ينتقص عهدهم إلا بالحق يدرك الحرب ، أو إن تغلبوا على موضع فيحاربونا فتصير أحكامهم كالمرتدين ، إلا أنه إذا ظفرنا بهم نسترقهم ولا نجبرهم على الإسلام) لأنهم إذا صاروا حربا علينا فلا فائدة في عقد الذمة فيصيرون كالمرتدين ومالهم كالمسلم إلا أنهم يسترقون ولا يجبرون على قبول الذمة ، لأن المقصود أن يصيروا من أهل دارنا سلمنا لنا وأنه يحصل بالاسترقاق ، والمقصود من المرتدة العود إلى الإسلام ولا تحصل إلا بالجزر ، فإن عادوا إلى الذمة أخذوا بحقوق العباد التي كانت عليهم قبل النقص كما في الردة ، ولا يؤاخذون بما أصابوا في المحاربة . قال (ويؤخذ أهل الجزية بما يتميزون به عن المسلمين في ملابسهم ومراكبهم) قال أبو حنيفة : ينبغي أن لا يترك أحد من أهل الذمة يشبه بالمسلمين في لباسه ومركبه ولا في هيئته . والأصل في ذلك أن عمر رضي الله عنه كتب إلى أمراء الأجناد يأمرهم أن يأمرؤا أهل الذمة أن يمتنعوا رقابهم بالرصاص وأن يظهروا مناطقهم ، وأن يخلقوا نواصهم ولا يقشروا بالمسلمين في أثوابهم . وروى أنه صالح أهل الذمة على أن يشدوا في أوساطهم الزنار ، وكان بحضرة من الصحابة من غير نكير ، ولأن المسلم

وَلَا يَرْمِكُونَ الْخَيْلَ إِلَّا لِيَضْرُورَةٍ وَلَا يَحْمِلُونَ السِّلَاحَ ، وَلَا تُنَحَّدُ كَنِيْسَةُ
وَلَا صَوْمَعَةٌ وَلَا بَيْعَةٌ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، وَإِذَا أَتَهْدَمَتِ الْقَدِيْمَةُ أَعَادُوهَا ،

يجب تعظيمه ومولاته وبدايته بالسلام والتوسعة عليه في الطريق والمجالس والكافر
يعامل بقصد ذلك . قال عليه الصلاة والسلام « لا تيدموم بالسلام والجثوم إلى أضييق
الطرق » فإذا لم يتميزوا عن المسلمين فيما ذكرنا ربما عظمنا الكافر وواليناه وبدأناه بالسلام
ظنا منا أنه مسلم وذلك لا يجوز ، فوجب تمييزهم بما ذكرنا احترازا عن ذلك ، ولأن السبأ
يستدل بها على حال الإنسان ، قال تعالى - تعرفهم بسيماهم - وقالت الفقهاء : من رأينا
عليه زى الفقر جاز لنا دفع الزكاة إليه ، ويؤخذ كل واحد أن يجعل في وسطه كسيتجا مثل
الخطيط الغليظ من الشعر أو الصوف ويكون غليظا ليظهر للرأي ، ولا يلبسوا العمائم ويلبسوا
قميصا خشنا جيوبهم على صدورهم ، وأن يلبسوا القلانس الطوال المضربة ، وأن يركبوا
السروج التي على قربوسه مثل الرماتة . وفي الجامع الصغير كهية الأكف ، وأن يجعلوا
شراك نعلهم مثلنا ولا يحنوها مثل المسلمين ، ولا يلبسوا طيالة ولا أردية مثل المسلمين
(ولا يركبون الخيل إلا لضرورة) فإن دعت يركبون على ما وصفنا ، وينزلون في مجامع
المسلمين (ولا يحملون السلاح) لأنهم أهلاء المسلمين ، ويمتنون من لباس يختص به أهل
الشرف والعلم والدين ، ويجب أن تميز نسائهم من نساء المسلمين حال المشي في الطرق
والحمامات ، فيجعل في أعناقهم طوق الحديد ، ويخالف إزارهم إزار المسلمين ،
ويكون على دورهم علامات تميز بها عن دور المسلمين لئلا يقف عليهم السائل فيدعو لهم
بالمغفرة . فالحاصل أنه يجب تمييزهم بما يشعر بلحم وصغارهم وقهرهم بما يتعارفه كل
بلدة وزمان . قال (ولا تُنَحَّدُ كَنِيْسَةُ وَلَا صَوْمَعَةٌ وَلَا بَيْعَةٌ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ) قال عليه
الصلاة والسلام « لا إحصاء في الإسلام ولا كنيسة » والمراد لإحداث الكنيسة في دار الإسلام .
وقوله « لا إحصاء » هو الاعتزال عن النساء كما يفعله الرهبان فكأنه إحصاء معنى (وإذا
انهدمت القديمة أعادوها) لأنهم أقرؤا عليها ، والبناء لا يتأبد ، ولا بد من خرابه ، فلما
أقرهم عليها فقد التزم لهم إعادتها ، وليس لهم أن يحولوها لأنه لإحداث لا إعادة ، ثم قيل
إنما يمتنعون في الأصهار ، أما القرى التي لا تقام فيها الجمع والجلود لا يمتنعون من ذلك ولا
من بيع الخمر والخنزير فيها ، وهذا في القرى التي أكثرها ذمة ، أما قرى المسلمين فلا
يجوز ذلك ، وأما أرض العرب فيمتنعون من ذلك في المصر والقرى . قال محمد : لا ينبغي
أن يترك في أرض العرب كنيسة ولا بيعة ، ولا يباع فيها خر وخنزير مصرا كانت أو قرية ،
ومنع المشركون أن يتخذوا أرض العرب مسكنا أو وطنا ، لقوله عليه الصلاة والسلام
« لا يجتمع دينان في أرض العرب » ويمتنون من إظهار الفواحش والربا والزماير والطنابير

وَيُؤْخَذُ مِنْ نَصَارَى بَنِي تَغْلِبٍ ضِعْفُ زَكَاةِ الْمُسْلِمِينَ ، وَيُؤْخَذُ مِنْ نِسَائِهِمْ وَيَضَعَفُ عَلَيْهِمُ الْعَشْرُ ، وَمَوْلَاهُمْ فِي الْجِزْيَةِ وَالْخَرَاجِ كَمَوْلَى الْقُرْشِيِّ ، وَتُصَرَّفُ الْجِزْيَةُ وَالْخَرَاجُ وَمَا يُؤْخَذُ مِنْ بَنِي تَغْلِبٍ وَمِنْ الْأَرَاغِيِّ الَّتِي أَجْلَى أَهْلِهَا عَنْهَا ، وَمَا أَهْدَاهُ أَهْلُ الْحَرْبِ إِلَى الْإِمَامِ فِي مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ ، مِثْلَ أَرْزَاقِ الْمُقَاتِلَةِ وَذَرَارِيِّهِمْ ، وَسَدِّ الثُّغُورِ ، وَبِنَاءِ الْقَنَاظِيرِ وَالْجُسُورِ ، وَإِعْطَاءِ الْقَضَاةِ وَالْمُدْرَسِينَ وَالْعُلَمَاءِ وَالْمُفْتِينَ وَالْعُمَّالِ قَدَرُ كِفَايَتِهِمْ

والغناء وكلّ طر محرمّ في دينهم ، لأن هذه الأشياء كبار في جميع الأديان لم يقرّوا عليها بالأمان ؛ وإن حضر لهم عيد لا يخرجون فيه صلبانهم ، ولا يصنعوا ذلك في كنائسهم ولا يخرجوه من الكنائس حتى يظهر في المصر لأنه معصية وفي إظهاره إعزاز للكفر ، وأما الكنائس فلا يمتنعون منه كما لا يمتنعون من إظهار الكفر فيها ، وعلى هذا ضرب الناقوس يفعلونه في الكنائس لما قلنا ، ولا يمكنون من إظهار بيع الخمر والخنزير في أوصار المسلمين لأنه معصية فيمنع منه كسائر المعاصي ، وكذلك في قرى المسلمين لما بينا . قال (ويؤخذ من نصارى بني تغلب ضعف زكاة المسلمين ، ويؤخذ من نسائهم ، ويضعف عليهم العشر) لأن عمر رضي الله عنه صالحهم على أن يأخذ منهم ضعف زكاة المسلمين على ما قرّره في الزكاة ، فلهذا يؤخذ من نسائهم دون صبيانهم ، لأن الزكاة تجب على نساء المسلمين دون صبيانهم . قال (ومولاهم في الجزية والخراج كمولى القرشي) لأن الصلح وقع مع التغلبي تخفيفاً فلا يلحق به المولى ، ألا ترى أن الجزية توضع على مولى المسلم إذا كان نصرانياً . قال (وتصرف الجزية والخراج وما يؤخذ من بني تغلب ومن الأراغى التي أجل أهلها عنها وما أهداه أهل الحرب إلى الإمام في مصالح المسلمين) لأنه مال وصل إلى المسلمين بغير قتال فيكون لبيت مالهم معداً لمصالحهم ، وذلك (مثل أَرْزَاقِ الْمُقَاتِلَةِ وَذَرَارِيِّهِمْ ، وَسَدِّ الثُّغُورِ ، وَبِنَاءِ الْقَنَاظِيرِ وَالْجُسُورِ ، وَإِعْطَاءِ الْقَضَاةِ وَالْمُدْرَسِينَ وَالْعُلَمَاءِ وَالْمُفْتِينَ وَالْعُمَّالِ قَدَرُ كِفَايَتِهِمْ) أما سدّ الثغور وبناء القناظر والجسور فصلة عامة ، وأما أَرْزَاقُ مَنْ ذَكَرْنَاهُمْ يعمَلون للمسلمين فيجب كفايتهم عليهم ؛ والمقاتلة يقتلون لنصرة الإسلام والمسلمين وإعزاز كلمة الدين ولتكون كلمة الله هي العليا ، فيجب على الإمام والمسلمين كفايتهم وكفاية ذريتهم ، إذ لو لم يكنوا لاشتغلوا بالاكسباب للكفاية فلا يتخلون للقتال . وأما القضاة والباقون فقد حبسوا أنفسهم لمصالح المسلمين لفصل خصوماتهم وبیان محاسنهم وتعليمهم أحكام شريعتهم وما يأتونه ويلزمه وأعمالهم ، وما يتعلق به من مصالح دينهم ودنياهم ، وذلك من أهم مصالحهم وأعمالهم ، فكانت كفايتهم عليهم تقيام مصالحهم أصله القاضي والزوجة على ما عرف .

فصل

أَرْضُ الْعَرَبِ أَرْضُ عَشْرِ ، وَهِيَ مَا بَيْنَ الْعَذِيبِ إِلَى أَقْصَى حَجَرٍ بِالْيَمَنِ بِمَهْرَةٍ إِلَى حَدِّ الشَّامِ . وَالسَّوَادُ أَرْضُ خُرَاجٍ ، وَهِيَ مَا بَيْنَ الْعَذِيبِ إِلَى عَقَبَةِ حُلُوانَ ، وَمِنْ الْعِلْثِ أَوْ الثَّغْلِيَّةِ إِلَى عَبَادَانَ . وَأَرْضُ السَّوَادِ مَمْلُوكَةٌ لِأَهْلِهَا يَجُوزُ تَصَرُّفُهُمْ فِيهَا : وَكُلُّ أَرْضٍ أَسْلَمَ أَهْلُهَا عَلَيْهَا أَوْ فَتَحَتْ عَنْوَةً وَقُسِمَتْ بَيْنَ الْغَاضِمِينَ فَهِيَ عَشْرِيَّةٌ وَمَا فَتَحَ عَنْوَةً وَأَقْرَ أَهْلُهَا عَلَيْهَا أَوْ صَالَحَهُمْ فَهِيَ خُرَاجِيَّةٌ سِوَى مَكَّةَ شَرَفَهَا اللَّهُ تَعَالَى .
وَمَنْ أَحْيَا مَوَاتًا يُعْتَبَرُ بِحَبِّزِهَا (م) ، .

فصل

(أَرْضُ الْعَرَبِ أَرْضُ عَشْرِ ، وَهِيَ مَا بَيْنَ الْعَذِيبِ إِلَى أَقْصَى حَجَرٍ بِالْيَمَنِ بِمَهْرَةٍ إِلَى حَدِّ الشَّامِ) لَأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَالْخُلَفَاءُ الرَّاشِدِينَ لَمْ يَضَعُوا خُرَاجًا عَلَى أَرْضِ الْعَرَبِ وَلَئِنْ مِنْ شَرْطِ الْخُرَاجِ أَنْ يَقْرَأَ أَهْلُهَا عَلَى الْكُفْرِ ، وَمَشْرُكُو الْعَرَبِ لَا يَقْرَءُونَ عَلَى الْكُفْرِ عَلَى مَا قَدَّمْنَاهُ . قَالَ (وَالسَّوَادُ أَرْضُ خُرَاجٍ ، وَهِيَ مَا بَيْنَ الْعَذِيبِ إِلَى عَقَبَةِ حُلُوانَ ، وَمِنْ الْعِلْثِ أَوْ الثَّغْلِيَّةِ إِلَى عَبَادَانَ) لِأَنَّهُ يَجُوزُ إِقْرَارُهُمْ عَلَى الْكُفْرِ فَقَدْ وَجَدَ شَرْطُ الْخُرَاجِ ، وَلَئِنْ عَمِرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَتَحَ سِوَادَ الْعِرَاقِ وَوَضَعَ عَلَيْهِ الْخُرَاجَ بِمَحْضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ ، وَأُجْمِعَتِ الصَّحَابَةُ عَلَى وَضْعِ الْخُرَاجِ عَلَى الشَّامِ ، وَكَذَلِكَ وَضَعَ عَمِرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَلَى مِصْرَ الْخُرَاجَ نَحِينَ فَتَحَهَا عَمْرُو بْنُ الْعَاصِ . قَالَ (وَأَرْضُ السَّوَادِ مَمْلُوكَةٌ لِأَهْلِهَا يَجُوزُ تَصَرُّفُهُمْ فِيهَا) لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّ الْإِمَامَ إِذَا فَتَحَ بِلَدَةً قَهْرًا لَمْ أَنْ يَقْرَأْ أَهْلُهَا عَلَيْهَا وَيَضَعُ عَلَيْهِمُ الْخُرَاجَ ، فَإِذَا أَقْرَهُمْ عَلَيْهَا بَقِيََتْ مَمْلُوكَةً لَهُمْ فَيَجُوزُ تَصَرُّفُهُمْ فِيهَا بَيْعًا وَشِرَاءً وَإِجَارَةً وَغَيْرَ ذَلِكَ كَمَا تَرَى الْمَلَائِكَةَ وَالْأَمْلَاقَ . قَالَ (وَكُلُّ أَرْضٍ أَسْلَمَ أَهْلُهَا عَلَيْهَا أَوْ فَتَحَتْ عَنْوَةً وَقُسِمَتْ بَيْنَ الْغَاضِمِينَ فَهِيَ عَشْرِيَّةٌ) لِأَنَّ وَضْعَ الْعَشْرِ عَلَى الْمُسْلِمِ ابْتِدَاءً أَلْيَقُ بِهِ مِنَ الْخُرَاجِ لَمَّا فِيهِ مِنْ مَعْنَى الْعِبَادَةِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ فِي الزَّكَاةِ ، وَلِأَنَّهُ أَخْفَى لِأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِالْخُرَاجِ ، فَإِنْ أَخْرَجْتَ الْأَرْضَ شَيْئًا وَجِبَ عَشْرُهُ وَإِلَّا فَلَا (وَمَا فَتَحَ عَنْوَةً وَأَقْرَأَ أَهْلُهَا عَلَيْهَا أَوْ صَالَحَهُمْ فَهِيَ خُرَاجِيَّةٌ سِوَى مَكَّةَ شَرَفَهَا اللَّهُ تَعَالَى) لِأَنَّ وَظِيفَةَ الْأَرْضِ فِي الْأَصْلِ الْخُرَاجُ ، وَإِنَّمَا صَرْنَا إِلَى الْعَشْرِ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ تَخْفِيفًا عَلَيْهِ وَتَكْرُمَةً لَهُ وَفِي عَدَا ذَلِكَ تَبَقَّى خُرَاجِيَّةٌ ، وَلَئِنْ وَضَعَ الْخُرَاجَ عَلَى الْكَافِرِ ابْتِدَاءً أَلْيَقُ بِهِ ، وَأَمَّا مَكَّةُ فَالنَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ خَصَّهَا ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ حَيْثُ افْتَتَحَهَا عَنْوَةً تَرَكَهَا وَلَمْ يَضَعْ عَلَيْهَا الْخُرَاجَ . قَالَ (وَمَنْ أَحْيَا مَوَاتًا يُعْتَبَرُ بِحَبِّزِهَا) فَإِنْ كَانَتْ تَقْرُبُ

وَلَا يَجْتَمِعُ عَشْرٌ وَخَرَاجٌ فِي أَرْضٍ وَاحِدَةٍ ، وَلَا يَتَكَرَّرُ الْخَرَاجُ بِتَكَرُّرِ الْخَارِجِ ، وَالْعَشْرُ يَتَكَرَّرُ ، وَإِذَا غَلَبَ الْمَاءُ عَلَى أَرْضِ الْخَرَاجِ أَوْ انْقَطَعَ عَنْهَا أَوْ أَصَابَ الزَّرْعَ آفَةٌ فَلَا خَرَاجَ ، وَإِنْ عَطَلَهَا مَالِكُهَا فَعَلَيْهِ خَرَاجُهَا .

من أرض العشر فعشرية ، وإن كانت تقرب من أرض الخراج فخراجية ، وهذا عند أبي يوسف ، لأن ما يقرب من الشيء يعطى حكمه : كغناء الدار وحريم البئر والشجرة ونحو ذلك ، والقياس في البصرة الخراج لأنها من حيز أرضه ، إلا أن الصحابة رضى الله عنهم وظفوا عليها العشر فترك القياس لذلك . وقال محمد : إن أحيائها بماء العشر فعشرية ، وإن أحيائها بماء الخراج فخراجية ، لأن الخراج لا يوظف على المسلم إلا بالتزامه ، فإذا ساق إليها ماء الخراج فقد ألزم الخراج ، وإلا فلا ، وكل أرض خراج انقطع عنها ماء الخراج فسقيت بماء العشر فهي عشرية ، وكل أرض عشرية انقطع عنها ماء العشر فسقيت بماء الخراج فخراجية اعتباراً بالماء إذ هو سبب الغناء . قال (ولا يجتمع عشر وخراج في أرض واحدة) لقوله عليه الصلاة والسلام « لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم » ولم ينقل عن أحد من أئمة العدل والجمهور ذلك فكفى بهم حجة ، ولأن العشر يجب في أرض فتحت قهراً ، والخراج في أرض أقر أهلها عليها وإنهما متنافيان . قال (ولا يتكرر الخراج بتكرّر الخراج والعشر بتكرّر) لأن عمر رضى الله عنه لم يوظف الخراج مكرّراً ، ولأن الخراج للأرض كالأجرة ، فإذا أداها فله أن ينقض بها ما شاء ويزرعها مراراً . أما العشر فغناه أن يأخذ عشر الخراج ولا يتحقق ذلك إلا بوجوبه في كل خارج . قال (وإذا غلب الماء على أرض الخراج أو انقطع عنها أو أصاب الزرع آفة فلا خراج) وكذلك إن منعه إنسان من الزراعة ، لأن المعبر في الخراج الغناء التقديرى وهو التمكن من الزراعة كما في الأرض المستأجرة ، وفي العشر حقيقة الخراج ، وفيها إذا أصاب الزرع آفة فأتى الغناء التقديرى في بعض السنة ، ويكون نامياً في جميع السنة شرط كما في الزكاة ، وإن أخرجت الأرض مثل الخراج فصاعداً يؤخذ منه جميع الخراج ، وإن أخرجت قدر الخراج يؤخذ نصفه ثمراً عن الإجحاف بأحد الجانبين . قال (وإن عطّلها مالكها فعليه خراجها) لأن الخراج متعلق بالتمكن من الزراعة لا بحقيقة الخراج والتمكن ثابت وهو الذى قوته ، ولو انتقل إلى أنص الأحرار من غير علم فعليه خراج الأعلى . قالوا : ولا يفتى بهذا كيلاً تتجرى الظلمة على أموال الناس .

واعلم أن الخراج كان وظيفة مشروعة في الجاهلية كفاية للمقاتلة وكانت رسم كسرى ، فصارت شريعة لنا بإجماع الصحابة رضى الله عنهم ، وهو ما روى أن عمر رضى الله عنه لما فتح سواد العراق تركها على أربابها وبعث عثمان بن حنيف ليمسح الأراضي وجعل عليها .

والخراج : مقاسة فيمتلئ بالخارج كالعشر . ووظيفة ولا يزداد على ماوظفه عمر رضي الله عنه ، وهو على كل جريب يبلغه الماء صاع ودرهم ، وجريب الرطبة خمسة دراهم ، والكرم والنخل المتصل عشرة دراهم ، وما لم يوظفه عمر رضي الله عنه يوضع عليه بحسب الطاقة ، ونهاية الطاقة نصف الخارج فلا يزداد عليه ، وينقص منه عند العجز ،

حذيفة بن اليمان مشرقا فسح فبلغ ستا وثلاثين ألف ألف جريب فوظف على كل جريب أرض بيضاء تصلح للزراعة درهما وقفيضا ما يزرع ، وعلى كل جريب رطبة خمسة دراهم وعلى كل جريب كرم عشرة دراهم وذلك بحضور من الصحابة من غير تكبر فكان إجماعا . قال (والخراج) نوعان (مقاسة فيمتلئ بالخارج كالعشر) وهو أن يمن الإمام على أهل بلدة فتحها فتجعل على أراضيهم مقدار ربع الخارج أو ثلثه أو نصفه ، ولا يزيد على النصف لأن التقدير ورد بالنصف وهو ما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام أعطى خير لأهلها معاملة بالنصف ، وحكمه حكم العشر إلا أنه يوضع موضع الخراج لأنه خراج حقيقة (و) خراج (وظيفة ولا يزداد على ماوظفه عمر رضي الله عنه ، وهو على كل جريب يبلغه الماء صاع ودرهم ، وجريب الرطبة خمسة دراهم ، والكرم والنخل المتصل عشرة دراهم) على ما روينا ، ولأن المؤن متفاوتة ، والوظيفة تتفاوت بتفاوت المؤنة ، ألا ترى أن الواجب فيما سقته الماء العشر ، وما سقى بالتوالاب نصف العشر ، والكرم خفيف المؤن ، والمزارع أكثر ، والرطبة بينهما ، فوظف على كل نوع بقدره كما تقدم (وما لم يوظفه عمر رضي الله عنه يوضع عليه بحسب الطاقة) كالزعفران وغيره (ونهاية الطاقة نصف الخارج فلا يزداد عليه ، وينقص منه عند العجز) قال عمر رضي الله عنه : لعلكم حملنا الأرض ما لا تطيق ، قالا : لا ولو زدنا لأطاعت ، وأنه دليل جواز النقصان ، ولا تجوز الزيادة على ماوظفه عمر رضي الله عنه في سواد العراق لأنه خلاف إجماع الصحابة ، وما وظفه إمام آخر في أرض كوظيف عمر رضي الله عنه باجتهاد فلا ينقص باجتهاد مثله ، ولو وظف على أرض ابتداء تجوز الزيادة على ما وظفه عمر رضي الله عنه بقدر الطاقة عند محمد ، لأنه إنشاء حكم باجتهاد وليس فيه نقض حكم ، ولا يجوز عند أبي يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة ، لأن الخراج مقرر شرعا ، واتباع إجماع الصحابة واجب لأن المقادير لا تصرف إلا توقيفا ، والتقدير يمنع الزيادة لأن النقصان يمنع ، فتعين منع الزيادة لئلا يخلو التقدير عن الفائدة ، والجريب الذي فيه أشجار مثمرة ملتفة لا يمكن زراعتها . قال محمد : يوضع عليه بقدر مايطيق لأنه لم يرد عن عمر في البستان تقدير فكان مفضا إلى الإمام ، وقال أبو يوسف لا يزداد على الكرم لأن البستان بمعنى الكرم فالوارد

وَإِذَا اشْتَرَى الْمُسْلِمُ أَرْضَ خَرَاجٍ أَوْ أَسْلَمَ الذَّمَّى أَخَذَ مِنْهُ الْخَرَاجُ .

فصل

وَإِذَا ارْتَدَّ الْمُسْلِمُ ، وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ ، يُجْبَسُ وَيُعْرَضُ عَلَيْهِ الْإِسْلَامُ وَتُكْشَفُ شَبِيهَتُهُ ، فَإِنْ أَسْلَمَ وَإِلَّا قُتِلَ ،

في الكرم وارد فيه دلالة ، وإن كان فيه أشجار متفرقة فهي تابعة للأرض ، ألا يرى أنه يتبعها في البيع من غير تسمية . وعن محمد أن الخراج يجب عند بلوغ الغلة على اختلاف البلدان لأنه كالبدل عن الخارج ، وله أن يحول بينه وبين غلته حتى يستوفى الخراج بقدر ما يستوفى رب الأرض الخارج تحقيقا للمساواة . قال (وإذا اشترى المسلم أرض خراج ، أو أسلم الذي أخذ منه الخراج) لأنه وظيفة الأرض فلا يتغير بتغير المالك لما مر في الزكاة ، ومن عجز عن زرع أرض وعن الخراج تؤجر أرضه ويؤخذ الخراج من الأجرة فإن لم يكن من يستأجرها باعها الإمام وأخذ الخراج ورد عليه الباقي بالإجماع ، لأن فيه ضررا خاصا لنفع عام فيجوز . وعن أبي حنيفة في النواذر : لو هرب أهل الخراج إن شاء الإمام عمرها من بيت المال . والغلة للمسلمين ، وإن شاء دفعها إلى قوم على شيء . وكان ما يأخذه للمسلمين لأن فيه حفظ الخراج على المسلمين والمالك على صاحبه ، فإن لم يجد من يزرعها باعها على ما بينا . ومن أدّى العشر والخراج إلى مستحقه بنفسه فللإمام أخذه منه ثانياً لأن حق الأخذ له ، ولو لم يطلب الإمام الخراج يتصدق به على الفقراء ، لأنه إذا لم يطلبه تعدد الأداء إليه فيبقى طريقه التصدق به ليخرج عن العهدة ، ولو ترك السلطان الخراج أو العشر أرجل جاز في الخراج دون العشر عند أبي يوسف . وقال محمد : لا يجوز فيهما لأنهما في جماعة المسلمين . ولأبي يوسف أن له حقا في الخراج فصّح تركه وهو صلة منه ، والعشر حق الفقراء على الخلوص فلا يجوز تركه ، وعليه الفتوى . الصاع : أربعة أمنان . والمز : مائتان وستون درهما . والدرهم من أجود النقود . والجريب : ستون ذراعا في ستين بذراع الملك كسرى ، وأنه يزيد على ذراع العامة بقبضة . وقيل هذا جريب سواد العراق ، فأما جريب أرض كل بلدة ما هو المتعارف عندهم .

فصل

(وإذا ارتدّ المسلم والعياذ بالله) عن الإسلام (يجبس ويعرض عليه الإسلام وتكشف شبهته ، فإن أسلم وإلا قتل) أما حبسه وعرض الإسلام عليه فليس بواجب لأنه بلغته الدعوة ، والكافر إذا بلغته الدعوة لا يجب أن تعاد عليه فهذا أولى ، لكن يستحب ذلك ،

فإن قتلته قاتل قَبِيلَ العَرَضِ لاشيءَ عليه . وإسلامه أن يأتي بالشهادتين ويتبرأ عن جميع الأديان سوى دين الإسلام أو عما انتقل إليه ، ويَزُولُ (سم) ملكه عن أمواله زوالاً مَرَّاعِي ، فإن أسلم عادت إلى حالها ،

لأن الظاهر إنما ارتد لشبهة دخلت عليه أو صعب أصابه فيكشف ذلك عنه ليعود إلى الإسلام وهو أهون من القتل . وروى مثل ذلك عن عمر ، وقيل إن طلب التأجيل أجل ثلاثة أيام وإلا قتل للحال لأنه تمتعت . وأما وجوب قتله فلقوله تعالى - تقاتلونهم أو يسلمون - والمراد أهل الردة فقلاعن ابن عباس وجماعة من المفسرين ، وقال عليه الصلاة والسلام « من بدل دينه فاقتلوه » وقال « لا يحل دم امرئ مسلم إلا بأحدي معان ثلاث » الحديث ، والحر والعبد سواء لإطلاق ما ذكرنا . قال (فإن قتلته قاتل قبل العرض لاشيء عليه) لأنه مستحق للقتل بالكفر فلا ضمان عليه ، ويكره له ذلك لما فيه من ترك الغرض المستحب ، ولما فيه من الافتيات بجلى الإمام . قال (وإسلامه أن يأتي بالشهادتين ويتبرأ عن جميع الأديان سوى دين الإسلام أو عما انتقل إليه) لحصول المقصود بذلك ، فإن عاد فارتد فحكمه كذلك وهكذا أبداً ، لأننا إنما نحكم بالظاهر ، قال عليه الصلاة والسلام « ولا شققت عن قلبه » وكان صلى الله عليه وسلم يقبل من المنافقين ظاهر الإسلام ، ولأن توبته قبلت أول مرة باظهار الإسلام وأنه موجود فيها بعد فتقبل . قال (ويَزُولُ ملكه عن أمواله زوالاً مَرَّاعِي ، فإن أسلم عادت إلى حالها) وقال : هي على ملكه لأنه مكلف محتاج فيبقى ملكه كالمكحوم عليه بالرجم والقصاص ، وله أنه كافر مقهور تحت أيدينا مباح الدم ، وأنه يوجب زوال الملك والمالكية ، إلا أنه يرتجى إسلامه وهو مدعو إليه فيوقف أمره فإن عاد صار كأن لم يزل مسلماً وإن مات أو قتل أولحق بدار الحرب استقر كفره فعجل السبب عمله . اعلم أن تصرفات المرتد أربعة أقسام : نافذ بالاتفاق كالطلاق والاستيلاء وقبول الهبة وتسلم الشفعة والحجر على عبده المأذون لأنه لا يفترق إلى تمام الولاية ولا إلى حقيقة الملك . وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لأنه يعتمد الملة ولا ملة للمرتد . وموقوف بالإجماع كالمفاوضة لأنها تعتمد المساواة ولا مساواة ، فإن أسلم حصلت المساواة وإلا بطلت فيوقف لذلك . ويختلف فيه كالبيع والشراء والعق والتبدير والكتابة والهبة والوصية وقبض الديون فهي موقوفة عند أبي حنيفة إن أسلم نفذت ، وإن مات أو قتل أولحق بدار الحرب بطلت . وعندنا هي جائزة ، وهو بناء على اختلافهم في ملكه على ما بينا . لهما أنه أهل للتصرفات لكونه غاطباً وملكه ثابت لما بينا فيصح تصرفه إلا عند أبي يوسف يجوز كما يجوز من الصحيح ، لأن الظاهر عودته إلى الإسلام بزوال شبهته . وعند محمد يجوز من المريض من الثالث ، لأن رده تفضي إلى القتل غالباً ، لأن من انتحل نخلة قلما يتركها سبياً وقد أعرض

وإن مات أو قُتِلَ أو لحقَ بدارِ الحربِ وحكيمَ بلحاظه عتقَ مَدْبُورُهُ وأُمَمَاتُ أولادِهِ وَحَلَّتْ الدِّيُونُ الَّتِي عَلَيْهِ وَنَقِلَتْ أَكْسَابُهُ فِي الْإِسْلَامِ إِلَى وَرَثَتِهِ الْمُسْلِمِينَ ، وَأَكْسَابُ الرَّدَّةِ فِيهِ (مم) ، وَتَقْضَى دِيُونُ الْإِسْلَامِ مِنْ كَسْبِ الْإِسْلَامِ ، وَدِيُونُ الرَّدَّةِ مِنْ كَسْبِهَا (مم) ، فَإِنْ عَادَ مُسْلِمًا قَبْلَ وَجْدِهِ فِي يَدِهِ وَارِثِهِ مِنْ مَالِهِ أَخَذَهُ .

عما نشأ عليه وألفه ، وله أن ملكه موقوف على ما تقدم ، وتصرفه بناء عليه فيوقف ، وإباحة ملكه توجب خلافاً في الأهلية فلذلك توقف تصرفاته . قال (وإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاظه عتق مَدْبُورُهُ وأُمَمَاتُ أولادِهِ وَحَلَّتْ الدِّيُونُ الَّتِي عَلَيْهِ وَنَقِلَتْ أَكْسَابُهُ فِي الْإِسْلَامِ إِلَى وَرَثَتِهِ الْمُسْلِمِينَ ، وَأَكْسَابُ الرَّدَّةِ فِيهِ) .

اعلم أن باللاحق بدار الحرب يصير من أهل الحرب ، وهم أموات في حق أحكام الإسلام لانقطاع الولاية وعدم الإلزام كما انقطعت عن الميت الحقيقي ، إلا أنه لا يستقر اللاحق إلا بالقضاء لاحتمال العود ، ولأن انقطاع الحقوق باللاحق يختلف فيه فيتوقف حكمه على القضاء كثيره من المجهلات ، فإذا قضى به ثبت موته الحكمي فيرتب عليه أحكام الموت وهي ما ذكرنا كالموت الحقيقي ، ومكاتبه يؤدي بذكر الكتاب إلى ورثته كما إذا مات حقيقة . وأما الميراث فكسب الإسلام لورثته المسلمين بإجماع الصحابة هكذا قضى على (١) رضي الله عنه في مال المستورد والعجلى حين قتله مرتدنا من غير تكبير من أحد من الصحابة . وعن ابن مسعود مثله ، وكسب الردة فيهِ . وقالوا : لهم أيضا بناء على أن ملكه ثابت عندهما في الكسبين ، ويستند إلى ما قبل الردة حتى يكون توريث المسلم من المسلم ، لأن الردة سبب الموت . وله أن الاستناد ممكن في كسب الإسلام لا في كسب الردة لأنه وجد بعدها فلا يتصور إسناده إلى ما قبلها ولأنه كسب مباح الدم فيكون فينا كالخبري ، ثم في رواية عن أبي حنيفة ، وهو قول زفر يعتبر ورثته يوم ارتد لأنه سبب الموت ، وعنه وهو قول محمد وهو ظاهر الرواية يوم الموت أو اللاحق لأنه سبب الإرث والقضاء لتقريره لقطع الاحتمال ، وفي رواية وهو قول أبي يوسف يوم القضاء ، لأن به يتقرر الاستحقاق وبه يصير اللاحق موتاً وبطلان وصاياه عند أبي حنيفة ، لأن ردته كالرجوع عنها . وقالوا : تبطل وصاياه في القرب لا غير . قال (وتقضى ديون الإسلام من كسب الإسلام ، وديون الردة من كسبها) وقالوا : تقضى ديونه من الكسبين لأنهما جميعا ملكه عندهما . وله أنه يقضى كل دين مما اكتسبه في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم . قال (فإن عاد مسلماً فما وجده في يد وارثه من ماله أخذه) لأنه إذا عاد مسلماً فقد عاد حياً فعادت الحاجة والحلافة

وإسلام (ز) الصبي العاقل وأرتداده صحيح (س ز) ، ويختبر على الإسلام ولا يقتل ،

إنما تثبت الوارث لاستغنائه ، فإذا عادت حاجته تقدم على الوارث وجميع ما فعله القاضي إلا ما ذكرنا ولأنه ملكه بغير عوض فجاز أن يثبت له حق الرجوع ما دام على ملكه كالمهبة ، ولا رجوع له في شيء زال عن ملك الوارث كالموهوب ، وسواء زال بما يلحقه الفسخ كالبيع ونحوه ، أو ما لا يلحقه الفسخ كالعتق ، وكذا لاسبيل له على من حكم الحاكم بعقه لأنه لا يلحقه الفسخ ، وكذا المكاتب إذا عتق بالأداء إلى الورثة ويأخذ البذل من الورثة إن كان قائما كغيره من الأموال ، ولو لم يقض القاضي بشيء حتى رجع مسلما لا يثبت شيء مما ذكرنا لأنه ما لم يتصل القضاء بالحق لا يحكم بموته . قال (وإسلام الصبي العاقل وأرتداده صحيح ، ويجبر على الإسلام ولا يقتل) وكذا إذا بلغ يجبر ولا يقتل . وجملته أن إسلام الصبي الذي يعقل الإسلام وردته صحيحان . وقال أبو يوسف : إسلامه صحيح وردته لا تصح . وقال زفر : لا يصحان لأن طريقهما الأقوال ، وأقواله غير صحيحة لا تتعلق بها حكم كالطلاق والعتاق والإقرار والعقود . ولأن يوسف أن الإسلام فيه نفعه والكفر فيه ضرره ، ويجوز تصرفه النافع كقبول الهبة ولا يجوز الضار كالمهبة ، ولهذا قلنا إن الولي يميز تصرفه النافع دون الضار . ولهما أن عليا رضي الله عنه أسلم وهو صبي ، وصحح النبي عليه الصلاة والسلام إسلامه واقتصر به فقال :

سيفتكمو إلى الإسلام طرّا صغيرا ما بلغت أوان حلم

ولأن الإسلام يتعلق به كمال العقل دون البلوغ ، بدليل أن من بلغ غير عاقل لم يصح إسلامه ، والعقل يوجد من الصغير كما يوجد من الكبير ، ولأنه أتى بحقيقة الإسلام وهو التصديق مع الإقرار ، لأن الإقرار طائعا دليل الاعتقاد والحقائق لا ترد ، وإذا صار مسلما فإذا ارتد تصح كالبالغ ، ولأن الإسلام عقد والردة حله ، وكل من ملك عقدا ملك حله كسائر العقود ، ولأن من كان يده الاعتقاد تصور منه تبديله ، فإذا اقترن به الاعتراف دل على تبديل الاعتقاد كالإسلام ، وإذا ثبت رده ترتب عليه أحكام الردة لا يرث ولا يورث وتبين امرأته ، ولا يصلى عليه لو مات مرتداً ويجبر على الإسلام ، لأنما حكمنا بإسلامه لا يترك على الكفر كالبالغ ، ولأن الجبر يتدفق عنه مضرة حرمان الإرث وبينونة الزوجة وغير ذلك ، وإنما لا يقتل لأن كل من لا يباح قتله بالكفر الأصلي لا يباح بالردة لأن إباحة القتل بناء على أهلية الحراب على ما عرف ولأن القتل عقوبة وهو ليس من أهلها ولأن القتل لا يتعلق بفعل الصبي كالفصاح . وإذا كان الصبي لا يعقل لا يصح إسلامه ولا ارتداده وكذلك المجنون لأن الإسلام والكفر يتبعان العقل على ما بينا ، وكذلك من

والمُرْتَدَّةُ لَا تُقْتَلُ ، وَتُحْبَسُ وَتَضْرَبُ فِي كُلِّ الْأَيَّامِ حَتَّى تُسَلِّمَ ، وَلَوْ قَتَلَهَا إِنْسَانٌ لِأَشَىءٍ عَلَيْهِ وَيُعَزَّرُ ، وَتَصَرَّفُهَا فِي مَا لَهَا جَائِزٌ ، فَإِنْ تَخَلَّقَتْ أَوْ مَاتَتْ فَكَسْبُهَا لَوَرَثَتِهَا .

غلب على عقله بوجه من الوجوه كالمبرسم والمعنوه ومن سقى شيئا فزال عقله لما بينا ، ومن يمين ويقيم في حال جنونه له أحكام المجانين ، وفي حال إفاقة أحكام العقلاء ، وردة السكران ليست بشيء استحسانا ، وإسلامه صحيح لأنه يحتمل أن يكون عن اعتقاد أولا ، والإسلام يحتمل في إثباته والكفر في نفيه فافترقا . والقياس أن تبين امرأة السكران لأن الكفر سبب للفرقة كالطلاق . وجه الاستحسان أن الردة ليست بفرقة ، وإنما تقع الفرقة لاختلاف الدين وردته ليست بصحيفة فلا يختلف الدين . وروى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في صبي أبواه مسلمان كبر كافرا ولم يسمع منه الإقرار بالإسلام بعد ما بلغ ، قال : لا يقتل ويجهر على الإسلام ، وإنما يقتل من أقر بالإسلام بعد ما بلغ ثم كفر ، لأن الأول لم تجب عليه الحدود لأنه لم يصير مسلما بفعله وإنما بالتبعية وحكم أكسابه الكرامة . قال (والمرتدة لا تقتل ، وتحبس وتضرب في كل الأيام حتى تسلم) ومعناه يعرض عليها الإسلام ، فإن أبت ضربها أسوأها ثم يعرض عليها الإسلام فإن أبت حبسها . وفي رواية تخرج كل يوم وتضرب على ما وصفنا ، لأنه لم يميز قتلها وقد ارتكبت جريمة عظيمة ولا حد فيها فتعزَّر ، والتعزير الضرب والحبس ، وإنما لا تقتل لأنه عليه الصلاة والسلام نهي عن قتل النساء مطلقا ، ولأن كفرها الأصلي لا يبيح دمه لأنها ليست من أهل القتال فكذلك الكفر الطارئ . وقد بينا في أول السير أن السبب الموجب للقتل أهليته للقتال ، وأن النبي عليه الصلاة والسلام نهى على أنه السبب بقوله « ما لها قتلت ولم تقاتل ؟ » وحديث « من بدل دينه فاقتلوه » رواه ابن عباس ، ومذهبه أن المرتدة لا تقتل فدل على تقييده بالرجال . قاله (ولو قتلها إنسان لأشَىء عليه) لأنه اعتمد إطلاق النص وهو مذهب جماعة من العلماء لكن يؤدَّب (ويعزَّر) إن كانت في دار الإسلام لافتياتها على الإمام . قال (وتصرفها في ما لها جائز) إن كانت في دار الإسلام ، لأنها تصرفت في خالص حقها ، لأن عصمة المسال تتبع عصمة النفس ، وعصمة نفسها لم تزل ، وبعد اللحاق زالت عصمة نفسها ، ولهذا لا تسرق ما دامت في دار الإسلام ، لأن دار الإسلام ليست بدار استرقاق ، وإن لحقت ثم سببت استرقت وأجبرت على الإسلام ، لأن الصحابة استرقوا نساء بني حنيفة بعد ما ارتدوا وأم محمد بن الحنفية منهم ، ولا تقتل كالأصلية (فإن لحقت أو ماتت) في الحبس (فكسبها لورثتها) إذ ملكها ثابت فيها لما بينا فيفضلان إلى ورثتها ، ولا ميراث لزوجها لأنها بانت بالردة ولم تصر مشركة على الملاك فلا تكون فارة ، وله أن يتزوج

فصل

الكافر إذا صلى بجماعة أو أذن في مسجد أو قال : أنا معتقد حقيقة الصلاة في جماعة يكون مسلماً .

أخنها عقيب لحاقها ، لأنه لأعدة عليها كالميتة ، فإن عادت مسلمة أو سميت لم ينتقض نكاح الأخت ، لأن نكاحها لا يعود بعد ما سقط ، ولها أن تزوج من ساعدت لعلم العدة ، وإن ولدت بأرض الحرب لأقل من ستة أشهر ثبت نسب من الزوج وهو مسلم تبع لأبيه ، وإن ولدت لستة أشهر فصاعداً من حين اللحاق ثم سبياً معها كانتا فتيماً ، لأن النسب غير ثابت من الزوج لعلم العدة فيكون الولد كافراً تبعاً لها ، والمملوكة محبس فإن كان مولاه محتاجاً إلى خدمتها دفعت إليه ويؤمر أن يجبرها على الإسلام ، ويرسل القاضي إليها كل يوم من يملؤها على الإسلام بهما بين المصلحتين .

فصل فيما يصير به الكافر مسلماً

والأصل فيه أن الكافر إذا أقر بخلاف ما اعتقده حكم بإسلامه ، فمن ينكر الوحداية كالنورية وعبدة الأوثان والمشركين ، والمناوية إذا قال : لا إله إلا الله ، أو قال : أشهد أن محمداً رسول الله ، أو قال : أسلمت أو أمنت بالله ، أو أنا على دين الإسلام أو على الخنيفية فهذا كله إسلام . وكل من آمن بالوحداية وينكر رسالة محمد كاليهود والنصارى لا يصير مسلماً بشهادة التوحيد حتى يشهد أن محمداً رسول الله ، وطائفة بالعراق يزعمون أن محمداً مرسل إلى العرب لا إلى بني إسرائيل فلا يكون مسلماً بالشهادتين حتى يتبرأ من دينه . ولو قال : دخلت في الإسلام ، قال بعضهم : يحكم بإسلامه لأنه دليل على دخول حادث في الإسلام وذلك غير ما كان عليه فدل على خروجه مما كان عليه ، هكذا ذكره الكرخی في مختصره ، ولو قال : أنا مسلم كان أبوحنيفة يقول : لا يكون مسلماً حتى يتبرأ ، ثم رجع وقال ذلك إسلام منه . قال (والكافر إذا صلى بجماعة أو أذن في مسجد ، أو قال : أنا معتقد حقيقة الصلاة في جماعة يكون مسلماً) لأنه أتى بما هو من خاصية الإسلام ، كما أن الإتيان بخاصية الكفر يدل على الكفر ، فإن من سجد لصنم أو تزنا زنا أو ليس قلنسوة المحوس يحكم بكفره . وعن محمد إذا صلى وحده واستقبل قبلتنا كان مسلماً ، ولو لبى وأحرم وشهد المناك مع المسلمين كان مسلماً . أكره الذي على الإسلام فأسلم يصح إسلامه ، ولو رجع لا يقتل ، ولكن يحبس حتى يرجع إلى الإسلام .

وَإِذَا خَرَجَ قَوْمٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ عَنِ الْإِمَامِ وَتَغَلَّبُوا عَلَى بَلَدٍ دَعَاهُمْ إِلَى الْجَمَاعَةِ وَكَشَفَ شُبُهَتَهُمْ ، وَلَا يَبْدُوهُمْ يِقْتَالُ ، فَإِنْ بَدَأَهُ قَاتِلُهُمْ حَتَّى يَفْرُقَ بَيْنَهُمْ ، فَإِنْ اجْتَمَعُوا وَتَعَسَّكَرُوا بَدَأَهُمْ ؛

فصل

الخوارج والبيعة مسلمون ، قال تعالى - وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتُلُوا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا - وقال علي رضي الله عنه : إخواننا يغوا علينا ، وكل بدعة تخالف دليلا يوجب العلم والعمل به قطعا فهو كفر ، وكل بدعة لا تخالف ذلك وإنما تخالف دليلا يوجب العمل ظاهرا فهو بدعة وضلال وليس بكفر . واتفقت الأمة على تضليل أهل البدع أجمع ونحطنتهم . وسبب أحد من الصحابة وبغضه لا يكون كفرا لكن يضل ، فإن عليا رضي الله عنه لم يكفر شاعه حتى لم يقتله ، وأهل البني كل فئة لهم منعة يتغلبون ويجمعون ويقاثلون أهل العدل بتأويل ويقولون الحق معنا ويدعون الولاية ، وإن تغلب قوم من اللصوص على مدينة فقتلوا وأخلوا المال وهم غير متأولين أخلوا بأجمعهم وليسوا ببيعة ، لأن المنعة إن وجدت فالتأويل لم يوجد . قال (وإذا خرج قوم من المسلمين عن طاعة الإمام وتغلبوا على بلد دعاهم إلى الجماعة وكشف شبهتهم) لأن عليا رضي الله عنه بعث ابن عباس يدعو أهل حروراء وناظرهم قبل قتالهم ، واستحب ذلك لأنه أهون الأمرين فلعلمهم أن يرجعوا به . قال (ولا يبدؤهم بقتال) لأنهم مسلمون (فإن بدموه قاتلهم حتى يفرق جمعهم) قال تعالى - فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلَا الَّتِي تَبَغَى - الآية ، ولأن عليا رضي الله عنه قاتلهم بحضرة الصحابة ، ولأنهم ارتكبوا معصية بخلاف الجماعة فيجب صدمهم عنها ، ويجوز رميهم بالنيل والمنتجيق وإرسال الماء والتار على النبات ليلا لأنه من آلة القتال . وما روى عن عبد الله بن عمر وجماعة من الصحابة من القعود عن الفتنة فيجوز أنهم كانوا عازمين عن ذلك ، ومن لا قدرة له لا يلزمه . وما روى عن أبي حنيفة أنه قال : ينبغي أن يعزل الفتنة ، ولا يخرج من بيته إذا لم يكن هناك إمام يدعو إلى القتال ، فأما إذا دعاه الإمام وعنده غنى وقدره لم يسهل التخلف . قال (فإن اجتمعوا وتعسكروا بداهم) دفعا لشركهم لأن في تركهم تقوية لهم وتمكيننا من أذى للمسلمين والغلبة على بلادهم . وكان أبو حنيفة يقول : ينبغي للإمام إذا بلغه أن الخوارج يشتركون السلاح ويتأهبون للخروج أن يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويتوبوا ، لأن التزم على الخروج معصية فيزجرهم عنها ،

فَإِذَا قَاتَلَهُمْ فَإِنْ كَانُوا مِنْهُمْ فَتَةً أَجْهَزَ عَلَى جَرِيحِهِمْ وَاتَّبَعَ مُؤَلِّمِهِمْ ، وَتَسَبَّى لَهُمْ ذُرِّيَّةً ، وَلَا يُغْنِي عَنْهُمْ مَالٌ ، وَبَحِيسُهَا حَتَّى يَتَوَبُّوا قَدِيرٌ عَلَيْهِمْ ، وَلَا بَأْسَ بِالْقِتَالِ بِسِلَاحِهِمْ وَكَرَاعِهِمْ عِنْدَ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ ،

وفي حبسه قطعهم عن ذلك ، ويكتفى المسلمون بثوبتهم . قال (فإذا قاتلهم فإن كان لهم فتة أجهز على جريحهم واتبع مؤلهم) لأن الواجب أن يقاتلهم حتى يعودوا إلى الحق ، قال تعالى - حتى توفى إلى أمر الله - فإذا كان لهم فتة ينحازون إليها لا يزول بغيبهم لأنهم ينحازون إلى فتة ممنوعة من البغاة فيعودون إلى القتال ، وأما الأسير فإن رأى قتله فقله لأن بغيه لم يزل ، وإن رأى أن يخل عنه فعل ، فإن عليا رضى الله عنه كان إذا أخذ أسيرا استحلفه أن لا يعين عليه وخلاه ، وإن رأى أن يحبسه حتى يتوب أهل البغي فعل وهو الأحسن ، لأنه يؤمن شره من غير قتل . وأما إذا لم يكن لهم فتة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع مؤلهم ولا يقتل أسيرهم ، هكذا فعل على رضى الله عنه بأهل البصرة ، وقال : لا ينضم لهم مال ولا تسبى لهم ذرية ، وقال يوم الجمل : لا تتبعوا مدبرا ولا تقتلوا أسيرا ، ولا تذفوا على جريح : أى لا تم قتله ، ولا يكشف ستره ، ولا يؤخذ مال ، وهو القدوة في الباب ، ولأن القصد دفع شرهم وإزالة بغيبهم وقد حصل . قال (ولا تسبى لهم ذرية ولا ينضم لهم مال وبحيسها حتى يتوبوا فرددناها عليهم) لما تقدم من حديث على رضى الله عنه ، ولأنهم مسلمون والإسلام عاصم ، وإنما يحبسها عنهم قليلا عليهم ، وفيه مصلحة المسلمين ، فإذا تابوا ردت عليهم لزوال الموجب للحبس . قال (ولا بأس بالقتال بسلاحهم وكراعهم عند الحاجة إليه) معناه إذا كان لهم فتة فيقسم على أهل العدل ليستعينوا به على قتالهم ، ولأنه يجوز للإمام أن يأخذ سلاح المسلمين عند الحاجة فهذا أولى ، وهو مأثور عن على رضى الله عنه أيضا يوم البصرة ، فإذا استغفروا عنه حبسه لهم ولا يدفعه إليهم لئلا يستعينوا به على المسلمين فيحبس السلاح ويبيع الكراع ويمسك عنه لأن ذلك أنفع وأسر ، فإذا زال بغيبهم يزده إليهم كسائر أموالهم . وما أصاب كل واحد من الفريقين من الآخر من دم أو جراحة أو استهلاك مال فهو موضوع لأدية فيه ولا ضمان ولا قصاص ، وما كان قائما في يد كل واحد من الفريقين للآخر فهو لصاحبه لما روى الزهري . قال : وقعت الفتنة فأجمعت الصحابة وهم متوافرون أن كل دم أريق بتأويل القرآن فهو هدر ، وكل ما أنلف بتأويل القرآن فلا ضمان فيه ، وكل فرج استبيح بتأويل القرآن فلا حد فيه ، وما كان قائما بعينه رد . قال محمد : إذا تابوا أنفسهم أن يفرموا ولا أجبرهم على ذلك لأنهم أنلفوه بغير حق ، فسقوط المطالبة لا يسقط الضمان فيما بينه وبين الله تعالى . وقال أصحابنا : ما ضلوه قبل التحيز والخروج وبعد تفرق جمعهم يؤخذون به ، لأنهم

وَإِذَا قَتَلَ الْعَادِلُ الْبَاغِيَّ وَرِثَهُ ، وَكَذَلِكَ إِنْ قَتَلَهُ الْبَاغِي (م) وَقَالَ : أَنَا عَلَى حَقٍّ ، وَإِنْ قَالَ : أَنَا عَلَى الْبَاطِلِ لَمْ يَرِثَهُ .

كتاب الكراهية

الْمَكْرُوهُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ حَرَامٌ ، وَعِنْدَهُمَا هُوَ إِلَى الْحَرَامِ أَقْرَبُ ،

من أهل دارنا ، ولا منعة لهم فهم كفيرهم من المسلمين ، أما ما فعلوه بعد التحيز لاضيان فيه لما بينا ، ولا يقتل من معهم من النساء والصبيان والشيوخ والزمنى والعينان لأنهم لا يقتلون إذا كانوا مع الكفار فهذا أولى وليسوا من أهل القتال ، فان قاتلت المرأة مع الرجال لا بأس بقتلها حالة القتال ، ولا تقتل إذا أسرت وتحبس اعتبارا بالحرية . قال (وإذا قتل العادل الباغي ورثه وكذلك إن قتله الباغي وقال : أنا على حق ، وإن قال : أنا على الباطل لم يرثه) لأنه قتله بغير حق ولا تأويل . وقال أبو يوسف : لا يرث الباغي العادل في الوجهين لأنه قتل بغير حق . ولنا ما رويناه من إجماع الصحابة ، ويكره حمل رءوسهم وإنفاذها إلى الآفاق لأنه مثله ، ولم ينقل عن علي رضي الله عنه . وروى أنه حمل إلى أبي بكر رضي الله عنه رأس فأنكر حمله ، فقيل له : إن فارس والروم يفعلون ذلك ، فقال : أستعان بفارس والروم ؟ . وقد قال أصحابنا : إن كان ذلك رهناء فلا بأس به ، لأن ابن مسعود حمل رأس أبي جهل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم ينكر عليه ، والله أعلم .

كتاب الكراهية

وفيه بيان ما يكره من الأفعال وما لا يكره ، وسمى بالكراهية لأن بيان المكروه أهم لوجوب الاحتراز عنه ، والقيلوري سماه في مختصره وشرحه : الخطر والإباحة ، وهو صحيح لأن الخطر المنع ، والإباحة الإطلاق ، وفيه بيان ما منع منه الشرع وما أباحه ، وسماه بعضهم : الاستحسان ، لأن فيه بيان ما حسنه الشرع وقبحه ، ولفظة الاستحسان أحسن ، أو لأن أكثر مسأله استحسان لا مجال للقياس فيها ، وبعضهم يسميه : كتاب الزهد والورع لأن فيه كثيرا من المسائل أطلقها الشرع والزهد والورع تركها .

قال (المكروه عند محمد حرام) إلا أنه لما لم يجد فيه نصا لم يطلق عليه الحرمة (وعندهما هو إلى الحرام أقرب) لتعارض الأدلة فيه وتغليب جانب الحرمة لقوله عليه الصلاة والسلام « ما اجتمع الحرام والحلال إلا وقد غلب الحرام الحلال » قالوا : معناه دليل الحل

وَالنَّظَرُ إِلَى الْعَوْرَةِ حَرَامٌ إِلَّا عِنْدَ الضَّرُورَةِ كَالطَّبِيبِ وَالْحَاتِنِ وَالْخَافِضَةِ
وَالْقَابِلَةِ ، وَقَدْ بَيَّنَّا الْعَوْرَةَ فِي الصَّلَاةِ . وَيَنْتَظِرُ الرَّجُلُ مِنَ الرَّجُلِ إِلَى جَمِيعِ
بَدَنِهِ إِلَّا الْعَوْرَةَ ، وَتَنْتَظِرُ الْمَرْأَةُ مِنَ الْمَرْأَةِ وَالرَّجُلُ إِلَى مَا يَنْتَظِرُ الرَّجُلُ
مِنَ الرَّجُلِ ،

ودليل الحرمة . قال (والنظر إلى العورة حرام إلا عند الضرورة كالطبيب والحاتن والخافضة
والقابلة ، وقد بينا العورة في) كتاب (الصلاة) والأصل في ذلك قوله تعالى - قل للمؤمنين
يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم - وقوله تعالى - وقل للمؤمنات - الآية ، معناه
يسترنوها من الانكشاف لتلا ينظر إليها الغير تقلا عن المفسرين ، وقال عليه الصلاة والسلام
« ملعون من نظر إلى سواة أخيه » فأما حالة الضرورة فالضرورات تبيح المحظورات ،
ألا ترى أن الله أباح شرب الخمر وأكل الميتة ولحم الخنزير ومال الغير حالة الخمصة وما
إذا غص ، وهذا لأن أحوال الضرورات مستثناة ، قال تعالى - وما جعل عليكم في الدين
من حرج - وقال - لا يكلف الله نفسا إلا وسعها - وفي اعتبار حالة الضرورة حرج وتكليف
ماليس في الوسع ، ولأن هذه الأفعال مأمور بها ، فعند بعضهم هي واجبة ، وعند البعض
سنة مؤكدة ، ولا يمكن فعلها إلا بالنظر إلى محلها ، فكان الأمر بها أمرا بالنظر إلى محلها
ويلزم منه الإباحة ضرورة ، وينبئ للطبيب أن يعلم امرأة مداواتها ، لأن نظر المرأة إلى
المرأة أخف من نظر الرجل إليها لأنها أبعد من الفتنة ، فإذا لم يكن منه بد فليغض بصره
ما استطاع تحزرا عن النظر بقدر الإمكان ، وكذلك تفعل المرأة عند النظر إلى الفرج عند
الولادة وتعرف البكارة ، ألا يرى أنه يجوز النظر إليه لتحمل الشهادة على الزنا ولا ضرورة
فهذا أولى ، والعورة في الركبة أخف فكاشفها ينكر عليه برفق ، ثم الفخذ وكاشفه يعنف
على ذلك ، ثم السواة فيؤدب كاشفها . قال (وينظر الرجل من الرجل إلى جميع بدنه إلا
العورة) لأن المنهى عنه النظر إلى العورة دون غيرها وعليه الإجماع ، وقد قبل أبو هريرة
سرة الحسن بن علي رضي الله عنهما وقال : هذا موضع قبله رسول الله عليه الصلاة والسلام
ولأن الرجال يمشون في الطرق بازار في جميع الأزمان من غير تكبر ، فدل على جواز
النظر إلى الأبدان . قال (وتنتظر المرأة من المرأة والرجل إلى ما ينتظر الرجل من الرجل)
أما المرأة إلى المرأة فلا تعلم الشهوة وللضرورة في الحمامات وغيرها ، وأما نظرها إلى الرجل
فلاستوائهما في إباحة النظر إلى ما ليس بعورة ، ولأن الرجال يمشون بين الناس بازار
واحد ، فإذا خافت الشهوة أو غلب على ظنها لا تنتظر استئارا عن الفتنة ، وكل ما جاز
النظر إليه جاز منه لاستوائهما في الحكم إلا إذا خافت الشهوة .

وَيَنْتَظَرُ مِنْ زَوْجَتِهِ وَأُمْتِهِ الَّتِي تَحِلُّ لَهُ إِلَى جَمِيعِ بَدَنِهَا ، وَيَنْتَظَرُ مِنْ ذَوَاتِ عَمَارِمِهِ وَأُمَةِ الْغَيْرِ إِلَى الْوَجْهِ وَالرَّأْسِ وَالصَّدْرِ وَالسَّاقَيْنِ وَالْعُضْدَيْنِ وَالشَّعْرِ ، وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَمَسَّ مَا يَحُوزُ النَّظَرُ إِلَيْهِ إِذَا أَمِنَ الشَّهْوَةَ ،

قال (وينظر من زوجته وأمته التي تحل له إلى جميع بدنها) وكذا يحل له مسها والاستمتاع بها في الفرج وما دونه ، قال تعالى - والذين هم لفروجهم حافظون - إلى قوله سبحانه - فانهم غير ملومين - وقال عليه الصلاة والسلام « غُضِّ بَصْرُكَ إِلَّا عَنِ زَوْجِكَ » ولا يحل له الاستمتاع بها في الدبر ولا في الفرج حالة الحيض لقوله عليه الصلاة والسلام « من أتى حائضا أو امرأة في دبرها أو أتى كاهنا وصدقه فيها يقول فقد كفر بما أنزل على محمد » ونظره إلى فرجها ونظرها إلى فرجه مباح . وعن ابن عمر رضي الله عنه أن النظر أبلغ في تحصيل اللذة ، وقيل الأولى أن لا ينظر لأنه يورث التسيان ، وقال عليه الصلاة والسلام « إذا أتى أحدكم أهله فليستر ما استطاع ولا يتجرّدان تجرّد العبر » . قال (وينظر من ذوات عمارمه وأمة الغير إلى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين والشعر) والأصل فيه قوله تعالى - ولا يبدن زينتهن إلا لبعولتهن - الآية ، والمراد موضع الزينة ، لأن النظر إلى نفس الثياب والحلي والكحل وأنواع الزينة حلال للأجانب والأقارب ، فكان المراد مواضع الزينة بطريق حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه ، ومواضع الزينة ما ذكرنا ، فالرأس موضع الإكليل ، والشعر موضع العقاص ، والأذن موضع القرط ، والعنق موضع القلائد ، والصدر موضع الوشاح ، والعضدان موضع الدماج ، والذراع موضع السوار ، والساق موضع الخللخال . وعن الحسن والحسين رضي الله عنهما أنهما كانا يدخلان على أختهما أم كلثوم وهي تمتشط ، ويستوى في ذلك المحرمية بالنسب والرضاع والمصاهرة لأن الحرمة مؤيدة في الكل فيستويان في إباحة النظر والمس . قال (ولا بأس بأن يمس ما يجوز النظر إليه إذا أمن الشهوة) لأن المسافرة معهن حلال بالنسب ويحتاج في السفر إلى مسنن في الإركاب والإنزال ، وعن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان إذا قدم من مغازبه قبل رأس فاطمة . وعن أبي بكر رضي الله عنه أنه قبل رأس عائشة ومحمد بن الحنفية كان يقبل رأس أمه ، ولأن المحرم لما كان لا يشتهي عادة حلت معه محل الرجال ، ولا ينبغي أن يفعل شيئا من ذلك إذا خاف الشهوة أو غلبت على ظنه ، بل ينبغي أن بغض بصره ، فإن من رجع حول الحمى يوشك أن يقع فيه ، قال عليه الصلاة والسلام « دع ما يريبك إلى ما لا يريبك » ولا يجوز النظر من هؤلاء إلى ما بين السرة حتى يعاود الركبة لأنه عورة ولا إلى الظهر والبطن ، لأن حكم الظهار إنما ثبت لتشبيهه بظهر الأم ، فلو لا حرمة ظهرها لما ثبتت حرمة الزوجية كما إذا شبهها بيدها ورجلها ، وإذا ثبتت حرمة

وَلَا يَنْظُرُ إِلَى الْحُرَّةِ الْأَجْنَبِيَّةِ إِلَّا إِلَى الْوَجْهِ وَالْكَفَّيْنِ إِنْ كُنَّ يَخْتَفِ الشَّهْوَةَ ،
فَإِنْ خَافَ الشَّهْوَةَ لَا يَحْجُوزُ إِلَّا لِلْحَاكِمِ وَالشَّاهِدِ ، وَلَا يَحْجُوزُ أَنْ يَمَسَّ ذَلِكَ
وَإِنْ أَمِنَ الشَّهْوَةَ ؛

الظهر فالبطن أولى ، لأن الشهوة فيها أكثر فكانت أولى بالتحريم ، ولأن ذلك ليس موضع
الزينة ، فإن سافر معهن فلا بأس أن يحملهن ويزلهن يأخذ بالبطن والظهر ، لأن اللمس
من فوق الثياب لا يوجب الشهوة فصار كالنظر حتى لو كانت متجردة أو عليها ثياب رقيقة
يجد حرارتها من فوقه لا يمسه تحرزاً عن الوقوع في الفتنة ، وأما أمة الغير فلا تحتاج إلى
الخروج وقضاء الحوائج والأخذ والإعطاء فيقع النظر إليها ضرورة ومس بعض أعضائها
كما في المحارم . وعن ابن عمر رضي الله عنه أنه كان إذا رأى أمة متخمرة أتى خوارها وقال
لها : يا لكاح لاتتشبهين بالحرائر . ولا ينظر إلى ظهرها وبطنها لأنه محل الشهوة ، ولأنه
الحرم من المحارم مع عدم الشهوة فيهن عادة فلأن يحرم من الإمام كان أولى ، وإنما
يباح ذلك عند عدم الشهوة لما بينا ، إلا إذا أراد الشراء فإنه يباح له النظر مع الشهوة دون
المس ، لأن المس بشهوة استمتاع بأمة الغير وأنه حرام ، أما النظر فليس باستمتاع ،
وإنما حرم لإفضائه إلى الاستمتاع وهو الوطء . والمسافرة بأمة الغير قبل تحل كالمحارم
وقبل لا وهو المختار ، لأن الشهوة إلى أمة الغير كثيرة ، ولا كذلك في المحارم ، ولأنه
لا ضرورة إلى المسافرة والخلوطة معها ، وفي المحارم ضرورة لما بينا ، وكذا يحل للأمة النظر
من الأجنبية إلى جميع بدنه ومسه ونغمه ما خلا العورة بشرط عدم الشهوة ، لأن العادة أن
جارية المرأة تخدم زوجها وتغمره وتدنه فدل على الجواز . قال (ولا ينظر إلى الحرّة
الأجنبية إلا إلى الوجه والكفين إن لم يخف الشهوة) وعن أبي حنيفة أنه زاد القدم ، لأن
في ذلك ضرورة للأخذ والإعطاء ومعرفة وجهها عند المعاملة مع الأجانب لإقامة معاشها
ومعادها لعدم من يقوم بأسباب معاشها . والأصل فيه قوله تعالى - ولا يبدن زينتهن - إلا
ما ظهر منها . قال عامة الصحابة : الكحل والخاتم ، والمراد موضعهما لما بينا ، وموضعهما
الوجه واليد ، وأما القدم فروى أنه ليس بعورة مطلقاً لأنها تحتاج إلى المشي فتبدو ، ولأن
الشهوة في الوجه واليد أكثر ، فلأن يحل النظر إلى القدم كان أولى ؛ وفي رواية القدم عورة
في حق النظر دون الصلاة . قال (فإن خاف الشهوة لا يجوز إلا للحاكم والشاهد) لما فيه
من الضرورة إلى معرفتها لتحمل الشهادة والحكم عليها وكما يجوز له النظر إلى العورة لإقامة
الشهادة على الزنا . قال (ولا يجوز أن يمس ذلك وإن أمن الشهوة) لأن المس أغلظ من
النظر ، فإن الشهوة بالمس أكثر ، فإن كانت عجوزاً لا تشبهى أو كان شيخاً لا يشبهى
فلا بأس بمصافحتها ، لما روى عن أبي بكر رضي الله عنه أنه كان يصفح العجائز ،

وَالْعَبْدُ مَعَ سَيِّدَتِهِ كَالْأَجْنَبِيِّ ، وَالْفَحْلُ وَالْخَصِيُّ وَالْمُجَبُّوبُ سَوَاءٌ ،
وَيُكْرَهُ أَنْ يَقْبَلَ الرَّجُلُ قَمَّ الرَّجُلِ أَوْ شَيْئًا مِنْهُ أَوْ يُعَانِقَهُ وَلَا بَأْسَ
بِالْمَصَافِحَةِ ، وَلَا بَأْسَ بِتَقْبِيلِ يَدِ الْعَالِمِ وَالسُّلْطَانِ الْعَادِلِ .
وَيَحِلُّ لِلنِّسَاءِ لِبَسَ الْحَرِيرِ وَلَا يَحِلُّ لِلرِّجَالِ إِلَّا مِقْدَارُ أَرْبَعِ أَصَابِعَ كَالْعَتَمِ

وعبد الله بن الزبير استأجر عجزاً تمرّضه فكانت تغمره وتغلى رأسه ، والصغيرة التي
لا تشهى لبأس بمسها والنظر إليها لعدم خوف الفتنة . ومن أراد أن يتزوج امرأة يجوز له
النظر إليها وإن خاف أن يشهى لقوله عليه الصلاة والسلام للمغيرة وقد أراد أن يتزوج
امرأة « انظر إليها فانه أحرى أن يؤدم بينكما » . قال (والعبد مع سيده كالأجنبي) لأن
خوف الفتنة منه مثلها من الأجنبي ، وبلى أكثر لكثرة الاجتماع والنصوص المحرمة المطلقة ،
والمراد من قوله تعالى - أو ما ملكت أيماهن - الإمام دون العبد قاله الحسن وابن جبير .
قال (والفحل والخصي والمجبوب سواء) لأن الآية تعم الكل ، والطفل الصغير مستثنى
بالنص ، ولأن الخصي يجامع والمجبوب يساحق فلا تؤمن الفتنة كالفحل . قال (ويكره
أن يقبل الرجل قم الرجل أو شَيْئاً منه أو يعانقه) وعن أبي يوسف لبأس به ، وعن بعض
المشايخ لبأس به إذا قصد به الإكرام والمبرة ولم يخف الشهوة ، لما روى « أنه عليه الصلاة
والسلام عاتق جعفر بن أبي طالب حين قلم من الحيشة وقبل بين عينيه وكان يوم فتح خيبر
وقال : لأدرى بأى الأمرين أسر ؟ بفتح خيبر أم بقنوم جعفر » وجه الظاهر فيه صلى
الله عليه وسلم عن المكائمة والمكامة ، والأول التقبيل والثاني المعانقة ، وما رواه محمود على
الابتداء قبل النهي . قال (ولا بأس بالمصافحة) فإنها سنة قديمة متوارثة بين المسلمين من
لدى الصدر الأول إلى يومنا هذا . قال (ولا بأس بتقبيل يد العالم والسلطان العادل) لأن
الصحابة رضی الله عنهم كانوا يقبلون أطراف رسول الله صلى الله عليه وسلم . وعن
سفيان بن عيينة أنه قال : تقبيل يد العالم والسلطان العادل سنة ، فقام عبد الله بن المبارك
وقبل رأسه ، وتقبيل الأرض بين يدي السلطان أو بعض أصحابه ليس بكفر لأنه تحية
وليس بعبادة ، ومن أكره على أن يسجد الملك الأفضل أن لا يسجد لأنه كفر ، ولو
سجد عند السلطان على وجه التحية لا يصير كافراً .

فصل

(ويحل للنساء لبس الحرير ، ولا يحل للرجال إلا مقدار أربع أصابع كالعلم) لما روى
عن علي رضي الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذ حريرة بشاله وذهباً
ييمينه ثم رفع بهما يديه وقال : إن هذين حرام على ذكور أمتي حل لئنأها » وعن عمر

ولا بأس (سم) بتوسيده واقتراشه ، ولا بأس بلبس ماسداه إبريسم^١
ولحمته قطن أو خز^٢ ،

رضي الله عنه أنه قال « حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم لبس الحرير على الرجال إلا ما كان هكذا وهكذا ، وذكر أصبعين وثلاثاً وأربعاً » وروى « أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن لبس الحرير إلا موضع أصبعين أو ثلاثة أو أربعة وأراد به الأعلام » وأهدى المقوقس ملك الإسكندرية لرسول الله صلى الله عليه وسلم جبة أطرافها من ديباج فلبسها ولأن الناس اعتادوا لبس الثياب وعليها الأعلام في سائر الأزمان ، والمعنى فيه أنه تبع للثوب فلا حكم له . قال (ولا بأس بتوسده واقتراشه) وكذا ستر الحرير وتعليقه على الباب ، وقالوا : يكره لعموم النهى ولأنه من زى الأعاجم وقد نهى عنه . وله أن النهى ورد في اللبس وهذا دونه فلا يلحق به ، ولأن القليل من اللبس حلال وهو العلم فكذا القليل من الاستعمال حتى لا يجوز جملة دثارا بالإجماع . وعن ابن عباس أنه كان له مرققة (١) حرير على بساطه ، ولأن اقتراشه استخفاف به فصار كالتصاوير على البساط فانه يجوز الخلوص عليه ولا يجوز لبس التصاوير . قال (ولا بأس بلبس ماسداه إبريسم ولحمته قطن أو خز) لأن الثوب بالنسج والنسج باللحمة ، فتعتبر اللحمة دون السدا ، فما كان سداه حربيا ولحمته غيره يجوز لبسه في الحرب وغيره بالإجماع ، وما كان بالعكس يجوز في الحرب خاصة بالإجماع أيضا للضرورة لأنه أهيب وأدفع لمضرة السلاح . وقال أبو يوسف^٢ وعمر بن الخطاب : لبس الحرير في الحرب جائز لما روى الشعبي أن النبي عليه الصلاة والسلام رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ، ولأنه أدفع لمضرة السلاح وأهيب في عين العدو فست الحاجة إليه . وقال أبو حنيفة : لا يجوز لعموم النهى ، والحرام لا يحمل إلا للضرورة وقد اندفعت بالخلوط فإن الخالص إن اختص بمزية الخلوص فالخلوط اختص بزيادة التخانة والقوة فاستويا فيجوز به ، ولو كان الثوب رقيقا ولا يحصل به الإرباب لا يجوز بالإجماع . وفي نواذر هشام عن محمد يكره لبنة الحرير : أى القبة ونكة الديباج والإبريسم لأنه استعمال تام ، وما كان سداه ظاهرا كالعنابي (٢) ، قيل يكره لأن لابسها في منظر العين لابس حرير وفيه خيلاء ، وقيل لا يكره اعتبارا للحمة كما مر ، وتكره الخرقعة التي يمسح بها العرق ويمتخط بها لأنه ضرب كبير ، وإن كانت لإزالة الأذى والقلدر لا بأس بها ، ولا بأس بالخرقة يمسح بها الضوء لتوارث المسلمين ذلك ، وقيل إن فعله تكبرا يكره كالتريع في الاتكاء إن فعله تكبرا يكره وللحاجة لا .

(١) قوله مرققة ، قال في مختار الصحاح : المرققة بالكسر : الخندة اه .

(٢) قوله كالعنابي ، قال في رد المختار : هو مثل القطني والأطلس في زماننا .

وَيَحْجُوزُ لِلنِّسَاءِ التَّحَلِّيَ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ ، وَلَا يَحْجُوزُ لِلرِّجَالِ إِلَّا الْخَاتَمُ وَالْمِنْطَقَةُ وَحَلِيَّةُ السَّيْفِ مِنَ الْفِضَّةِ وَكِتَابَةُ الثَّوْبِ مِنْ ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ وَشَدُّ الْأَسْنَانِ بِالْفِضَّةِ ، وَيَحْرَهُ أَنْ يَلْبَسَ الصَّبِيُّ الذَّهَبَ وَالْحَرِيرَ ، وَلَا يَحْجُوزُ اسْتِعْمَالُ آيَةِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ ، وَيَسْتَوِي فِيهِ الرِّجَالُ وَالنِّسَاءُ ،

قال (ويجوز للنساء التحلي بالذهب والفضة ولا يجوز للرجال) لما سبق من الحديث (إلا الخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة وكتابة الثوب من ذهب أو فضة وشد الأسنان بالفضة) أما الخاتم والمنطقة وحلية السيف فبالإجماع ، والنبي عليه الصلاة والسلام كان له خاتم من فضة نقشه محمد رسول الله ، ونهى عليه الصلاة والسلام عن التخنم بالذهب ، ثم التخنم سنة لن يحتاج إليه كالسلطان والقاضي ومن في معانها ومن لأحاجة له إليه فتركه أفضل . والسنة أن يكون قدر مقال فادونه ويجعل فسه إلى باطن كفه ، بخلاف النساء لأنه للزينة في حقهن دون الرجال ، ويجوز أن يجعل فسه عقيقاً أو فيروزاً أو باقوتاً أو نحوه ، ويجوز أن ينقش عليه اسمه أو اسماً من أسماء الله تعالى لتعامل الناس ذلك من غير تكبر ولا بأس بسد ثقب الفص بمسار الذهب لأنه قليل فأشبه العلم ، ويكره التخنم بالحديد والصفير للرجال والنساء لأنه حلية أهل النار وقد نهى عنه . وروى أنه كان قبضة سيفه عليه الصلاة والسلام من فضة . وأما كتابة الثوب كما بينا في العلم الحرير ، وكرهه أبو يوسف بناءً على اختلافهم في الإتياء المفضل . وأما شد الأسنان فلذهب أو حنيفة ، وقالوا : يجوز بالذهب أيضاً قياساً على الأنف ، فانه روى أن عرفة أصيب أنفه يوم كلاب (١) فاتخذ أنفاً من فضة فأتى ، فأمره عليه الصلاة والسلام أن يتخذ أنفاً من ذهب وكان ضرورة فيجوز . وله أن الضرورة في الأسنان تندفع بالأدنى وهو الفضة ، ولا كذلك في الأنف فافترقا . قال (ويكره أن يلبس الصبي الذهب والحرير) لثلاث عتاده ألا ترى أنه يؤمر بالصوم والصلاة وينهى عن شرب الخمر ليعتاد فعل الخير ويألف ترك المحرمات فكذلك هذا ، والإثم على من ألبسه لإضافة الفعل إليه . قال (ولا يجوز استعمال آية الذهب والفضة) قال عليه الصلاة والسلام « من شرب في إناء ذهب وفضة فكأنما يجر جر في بطنه نار جهنم » وعلى هذا الحجرة والملعة والمدهن والميل والمكحلة والمرأة ونحو ذلك ، والنصوص وإن وردت في الشرب فالباقي في معناه لامتثالهم في الاستعمال ، والإجماع أنه زى المتكبرين وتنعم المترفين ، وأنه منهي عنه فيم الكل (ويستوى فيه الرجال والنساء) لعموم النهي ، وعليه الإجماع .

(١) قال الشعبي نقلاً عن الاتفاق « كلاب » بالكاف وتخفيف اللام على وزن غراب :

اسم واد بين الكوفة والبصرة كانت به واقعة عظيمة للعرب .

ولا بأس بآنية العقيق والبلور والزجاج والرصاص ، ويحوز (س) الشرب في الإناء المفضض والجلوس على السرير المفضض إذا كان يتقى موضع الفضة .

فصل في الاحتكار

ويكره في أموال الآدميين والبهايم في موضع يضر بأهله ،

قال (ولا بأس بآنية العقيق والبلور والزجاج والرصاص) لأنه لا تفاخر في ذلك فلم يكن في معناه . قال (ويحوز الشرب في الإناء المفضض والجلوس على السرير المفضض إذا كان يتقى موضع الفضة) أى يتقى فيه ذلك ، وقيل يتقى أخذه باليد . وقال أبو يوسف : يكره ، وقول محمد مضطرب . وعلى هذا الاختلاف والتفصيل السرج المفضض والكرسى ، والإناء المصقب بالذهب والفضة . لأبي يوسف أنه إذا استعمل جزءا من الإناء فقد استعمل كله فيكون مستعملا للذهب والفضة . ولأبي حنيفة أن الفضة في هذه الأشياء تابعة والعبرة بتمتيع لا بالتبع ، وصار كالعلم في الثوب وسمار الذهب في فص الخاتم ، وعلى هذا للجماع المفضض والركاب والثغر (١) ، أما اللجام من الفضة والركاب فحرام لأنه استعمل لفضة بينها فلا يجوز ، ولا بأس بالانتفاع بالأواني الموهبة بالذهب والفضة بالإجماع ، لأن الذهب والفضة مستهلك فيه لا يخلص فصار كالعلم ، والأشنان والدهن يكون في إناء فضة أو ذهب يصب منه على اليد . قال محمد : أكره ولا أكره ذلك في الغالية لأنه يدخل يده أو عودا فيخرجها إلى الكف ثم يستعملها من الكف فلا يكون مستعملا للإناء ، ولا كذلك الدهن والأشنان فإنه يكون مستعملا به بالصب منه .

فصل في الاحتكار

وهو مصدر احتكرت الشيء إذا جمعت وحبسته ، والاسم الحكرة بضم الحاء . قال (ويكره في أموال الآدميين والبهايم في موضع يضر بأهله) والأصل في ذلك قوله تعالى - ومن يرد فيه بالحداد بظلم ندفة من عذاب أليم - قال عمر بن الخطاب : لا تحتكروا الطعام بمكة فإنه لحاد ، وما روى ابن عمر عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال « الجالب مرزوق واحتكر محروم » وفي رواية « ملعون » وعنه عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال « من احتكر طعاما أربعين يوما فقد برئ من الله وبرئ الله منه » وروى أبو أمامة الباهلي « أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى أن يحتكر الطعام » وروى عمر بن الخطاب عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال « من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجدام والإفلاس » ولأن فيه تضيقا . (١) قوله والثغر ، قال في القاموس : الثغر بالتحريك : السير في مؤخر السرج وقد يسكن .

وَلَا احْتِكَارَ فِي غَلَّتْ ضَيْعَتُهُ وَمَا جَلَبَتْهُ (سم) ؛ وَإِذَا رُفِعَ إِلَى الْقَاضِي حَالُ
الْمُحْتَكِرِ بِأَمْرِهِ يُبْتِغَى مَا يَفْضَلُ عَنْ قُوَّتِهِ وَعِيَالِهِ ، فَإِنْ امْتَنَعَ بِاعِ حَكْمِهِ .
وَلَا يَنْبَغِي لِلسُّلْطَانِ أَنْ يُسْعَرَ عَلَى النَّاسِ إِلَّا أَنْ يَتَعَدَّى أَرْبَابَ الطَّعَامِ تَعَدُّيًا
فَاحِشًا فِي الْقِيَمَةِ فَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ بِمَشُورَةِ أَهْلِ الْخَيْرَةِ بِهِ ؛

على الناس فلا يجوز . والاحتكار أن يبتاع طعاماً من المبر أو من مكان يجلب طعامه إلى
المصر ويحبسه إلى وقت الغلاء ، وشرطه أن يكون مصرًا يضرب به الاحتكار لأنه تعلق به حق
العامه ، وشرط بعضهم الشراء في وقت الغلاء ويتنظر زيادة الغلاء والكل مكروه .

والحاصل أن يكون يضرب بأهل تلك المدينة حتى لو كان مصرًا كبيرًا لا يضرب بأهله فليس
بمحتكر لأنه حبس ملكه ولا ضرر فيه بغيره ، وعلى هذا التخصيص تلقى الجلب ، لأنه عليه
الصلاة والسلام نهى عنه . قال (ولا احتكار في غلة ضيعته وما جلبه) أى من مكان بعيد
من المصر أو ما زرعه ، لأن له أن لا يجلب ولا يزرع فله أن لا يبيع . وقال أبو يوسف :
يكره فيما جلبه أيضا لعموم النهي . وقال محمد : يكره إذا اشتراه من موضع يجلب منه
إلى المصر في الغالب لتعلق حق العامة به ، وما لا فلا . قال (وإذا رفع إلى القاضي حال
المحتكر بأمره ببيع ما يفضل عن قوته وعياله ، فإن امتنع باع عليه) لأنه في مقدار قوته
وعياله غير محتكر ويترك قوتهم على اعتبار السعة ؛ وقيل إذا رفع إليه أول مرة نهاه عن
الاحتكار ، فإن رفع إليه ثانيا حبسه وعزّره بما يرى زجرا له ودفعًا للضرر عن الناس . قال
محمد : أجبر المحتكرين على بيع ما احتكروا ولا أسعر ، ويقال له : بيع كما يبيع الناس
وبزيادة يتغابن في مظهرها ولا أتركه يبيع بأكثر . والأصل في ذلك ما روى أن السمر غلا
بالمدينة فقالوا : يا رسول الله لو سمرت ؟ فقال : إن الله هو المسمر ؛ ولأن التسعير تقدير
الثمن وإنه نوع حجر . وقول محمد : أجبرهم على البيع يحتمل وجهين : إما لما فيه من
المصلحة العامة أو بناء على قولهما في الحجر . قال (ولا ينبغي للسلطان أن يسعر على الناس)
لما بينا . قال (إلا أن يتعدى أرباب الطعام تعديا فاحشا في القيمة فلا بأس بذلك بمشورة
أهل الخبرة به) لأن فيه صيانة حقوق المسلمين عن الضياع ، وقد قال أصحابنا : إذا خاف
الإمام على أهل مصر الضياع والهلاك أخذ الطعام من المحتكرين وفرقه عليهم فاذا وجلوا
ردوا مثله ، وليس هذا حجرا وإنما هو للضرورة كما في الخمصة ، ولو سمر السلطان على
الخبازين الخبز فاشترى رجل منهم بذلك السمر وانحياز يخاف إن نقصه ضربه السلطان لا يجل
أكله لأنه في معنى المكروه ، وينبغي أن يقول له : ينبغي بما تحب ليصبح البيع ؛ ولو اتفق أهل
بلد على سعر الخبز واللحم وشاع بينهم فلدفع رجل إلى رجل منهم درهما ليعطيه فأعطاه أقل
من ذلك والمشتري لا يعلم رجوع عليه بالنقصان من الثمن ، لأنه ما رضى إلا بسعر البلد .

ولا بأسَ ببيعِ العصيرِ مَنْ يَعْلَمُ أَنَّهُ يَتَّخِذُهُ خَرًّا ، وَمَنْ حَمَلَ خَرًّا لِلدَّمِيِّ طَابَ (سم) لَهُ الْأَجْرُ ، وَلَا بأسَ ببيعِ السَّرْقِيِّينَ ، وَلَا بأسَ ببيعِ بَنَاءِ بَيُوتِ مَكَّةَ ، وَيُكْرَهُ بَيْعُ (سم) أَرْضِهَا ؛

وقال أبو يوسف : الاحتكار في كلِّ ما يضرُّ بالعامة نظرا إلى أصل الضرر . وقال محمد : الاحتكار في أنوات الآدميين كالتمر والجنطة والشعير ، وأقوات البهائم كالقث نظرا إلى الضرر المقصود . واختلفوا في مدة الاحتكار ، قيل أقلها أربعون يوما كما ورد في الحديث . وما دون ذلك فليس باحتكار لعدم الضرر بالمدة القصيرة ؛ وقيل أقله شهر لأن ما دونه عاجل ، ثم قيل يأثم بنفس الاحتكار وإن قلت المدة ، وإنما بيان المدة لبيان أحكام الدنيا .

فالحاصل أن التجارة في الطعام مكروه فانه يوجب المقت في الدنيا والإثم في الآخرة . قال (ولا بأس ببيع العصير مَنْ يَعْلَمُ أَنَّهُ يَتَّخِذُهُ خَرًّا) لأن المصيبة لا تقوم بعينه بل بعد تغيره . قال (ومن حمل خرا لذي طاب له الأجر) وقالوا : يكره لأنه أعانه على المصيبة . وفي الحديث : لعن الله في الخمر عشرا ؛ وعد منهم حاملها . وله أن المصيبة شرها ، وليس من ضرورات الحمل وهو فعل فاعل مختار ، وعمل الحديث الحمل لقصد المصيبة حتى لو حملها ليريقها أو ليخللها جاز ، وعلى هذا الخلاف إذا آجر بيتا ليتخذ به بيت نار أو بيعة أو كنيسة . في السواد . لما أنه أعانه على المصيبة ، وله أن العقد ورد على منفعة البيت حتى وجبت الأجرة بالتسليم وليس بمصيبة ، والمصيبة فعل المستأجر وهو مختار في ذلك . قال (ولا بأس ببيع السرقين) لأنه متفجع به يلقي في الأراضى طلبا لكثرة الربح ، ويمر في الشيع والفضة وتبذل الأعراض في مقابله فكان مالا فيجوز بيعه كسائر الأموال ، بخلاف العلوة فانه لا ينزع بها إلا بعد الخلط ، وبعد الخلط يجوز بيعها وهو المختار ، ويجوز الانتفاع بعد الخلط بها كزيت وقمت فيه نجاسة . قال (ولا بأس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع أرضها) وكلنا الإجارة . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز بيع دور مكة وفيها الشفعة ، ويكره إيجازتها في الموسم ، وقالوا : لا بأس ببيع أرضها لأنها مملوكة لهم لاختصاصهم بها للاختصاص الشرعي فيجوز كالبناء . وله ما روى ابن عمر أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : مكة حرام وبيع رباعها حرام ، وروى الدارقطني بإسناده أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : مكة مباح لا تباع رباعها ولا تؤاجر بيوتها ، قال الدارقطني : وكانت تدعى على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر السواب ، من شاء سكن ومن استغنى أسكن ، ولأنها من الحرم يحرم صيدها ، ولا يحل دخولها لتاسلك إلا بأحرام فيحرم بيعها كالكعبة والصفاء والبروة والمسعى ، وإنما جاز بيع البناء لأن البقعة محرمة ، وقفها إبراهيم صلوات الله عليه ، والبناء ملك لمن أحسنه فيجوز تصرفه فيه ، والطين وإن كان من الأرض وهو من جملة

وَيُقْبَلُ فِي الْمَعَامِلَاتِ قَوْلُ الْفَاسِقِ ، وَلَا يُقْبَلُ فِي الدِّيَانَاتِ إِلَّا قَوْلُ الْعَدْلِ
حَرًّا كَانَ أَوْ عَبْدًا ، ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى . وَيُقْبَلُ فِي الْهَدِيَّةِ وَالْإِذْنِ قَوْلُ الصَّبِيِّ
وَالْعَبْدِ وَالْأَمَةِ .

وَيُعْزَلُ عَنْ أَمَتِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهَا ، وَعَنْ زَوْجَتِهِ بِإِذْنِهَا ، وَيُكْرَهُ اسْتِخْدَامُ
الْخِصْيَانِ ، وَيُكْرَهُ اللَّعِبُ بِالْتَّرَدِّ وَالشُّطْرَنْجِ وَكُلِّ هَوِيٍّ ،

الوقف ، لكن من أخذ طين الوقف فعمله لبناء ملكه وصار كسائر أملاكه . ووجه رواية
الحسن أن الناس يتبايعونها في سائر الأعصار من غير إنكار . قال (ويقبل في المعاملات
قول الفاسق) لأنها يكثر وجودها من الناس ، فلو شرطنا العدالة حرج الناس في ذلك ،
وما في الدين من حرج ، فيقبل قول الواحد عدلاً كان أو فاسقاً ، حراً كان أو عبداً ، ذكراً
أو أنثى ، مسلماً أو كافراً دفعا للحرج . قال (ولا يقبل في الديانات إلا قول العدل حراً
كان أو عبداً ، ذكراً أو أنثى) لأن الصديق فيه راجح باعتبار عقله ودينه ، سيما فيما لا يجلب
له نفعاً ولا يدفع عنه ضرراً ، ولهذا قبلت رواية الواحد العدل للأخبار النبوية ، وإنما
اشترطنا العدالة لأنها مما لا يكثر وقوعها كثرة المعاملات ، ولأن الفاسق متهم والكافر غير
ملتزم لها فلا يلزم المسلم بقوله ، بخلاف المعاملات فإنه لا مقام له في دارنا إلا بالمعاملة ،
ولا معاملة إلا بقبول قوله ، ولا كذلك الديانات والمعاملات كالإخبار بالديعة والوكالة
والهبة والهدية والإذن ونحو ذلك ، والديانات كالإخبار بجهة القبلة وطهارة الماء ، فلو
أخبره ذمي بنجاسة الماء لم يقبل قوله ، لأن الظاهر كذبُهُ إضراراً بالمسلم للعداوة الدينية ولا
يتحرى ، فإن وقع في قلبه صدقه لا يتيمم ما لم يرق الماء ، وإن توضأ به جاز ، ولو أخبره
بذلك فاسق أو من لا تعرف عدالته ، فإن غلب على ظنه صدقه سمع قوله وإلا فلا ، والأحوط
أن يريقه ويتيمم . قال (ويقبل في الهدية والإذن قول الصبي والعبد والأمة) للحاجة إلى
ذلك ، وعليه الناس من لبن الصدر الأول إلى يومنا .

فصل في مسائل مختلفة

قال (ويعزل عن أمتة بغير إذنها ، وعن زوجته بإذنها) لأن للزوجة حقاً في الوطء
لقضاء الشهوة وتحصيل الولد حتى يثبت لها الخيار في الحب والسنة ولاحق للأمة ، وقد
نهى عليه الصلاة والسلام عن العزل عن الحرة إلا بإذنها ، وقال لولئ الأمة « اعزل عنها إن
شئت » . قال (ويكره استخدام الخصى) لأنه تحريض على انحصاء المنهى عنه لكونه
مظلة . قال (ويكره اللعب بالترد والشطرنج وكل هو) قال عليه الصلاة والسلام « كل
لعب ابن آدم حرام إلا ثلاثاً : ملاعبة الرجل مع امرأته ، ورميه عن قوسه ، وتأديبه فرسه »

ووصل الشعر بشعر الآدمي حرام ؛ ويكره أن يدعو الله إلا به ، أو يقول في دعائه : أسألك بمقعد العز من عرشك ، ورد السلام فريضة على كل من سمع السلام إذا قام به بعض القوم سقط عن الباقيين . والتسليم سنة وثواب المسلم أكثر ؛

ولأنه إن قام عليه فهو مبسر وإلا فهو عبث والكل حرام ، وقال عليه الصلاة والسلام « لست من دد ولا الدد مني » أي اللعب ، وقال عليه الصلاة والسلام « ما أهلك عن ذكر الله فهو ميسر » وهذا اللعب مما يلهي عن الجمع والجماعات فيكون حراما . وعن علي رضي الله عنه أنه مر على قوم يلعبون بالشطرنج فلم يسلم عليهم وقال : ما هذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون ؟ . وعن ابن عمر مثله . ولم ير أبو حنيفة بأسا بالسلام عليهم ليشغلهم عن اللعب ، وكرها ذلك استحقارا بهم وإهانة لهم . والجوز الذي يلعب به الصبيان يوم العيد يؤول إن لم يكن على سبيل المقامرة ، لما روى أن ابن عمر كان يشتري الجوز لصبائه يوم الفطر يلعبون به وكان يأكل منه ، فان قاموا به حرم . قال (ووصل الشعر بشعر الآدمي حرام) سواء كان شعرا أو شعر غيرها لقوله عليه الصلاة والسلام « لعن الله الواصلة والمستوصلة والواصلة والمستوصلة » والواصلة والمستوصلة : التي تصل الشعر بشعر الغير ، أو التي توصل شعرها بشعر آخر زورا ، والمستوصلة : التي توصل لها ذلك بطلبها ، والواصلة : التي تشم في الوجه والذراع ، وهو أن تغرز الجلد بآبرة ثم يحشى بكحل أو نيل فيزرق ، والمستوصلة التي يفعل بها ذلك ، والواصلة التي تفلج أسنانها ، أي تحدها وترقق أطرافها تفعله العجوز تشبه بالشواب ، والواصلة : التي يفعل بها بأمرها ، والنامصة : التي تختف الشعر من الوجه ، والنامصة : التي يفعل بها ذلك قال (ويكره أن يدعو الله إلا به) فلا يقول أسألك بفلان أو بفلانك أو بأبيائك ونحو ذلك لأنه لاحق للمخلوق على الخالق (أو يقول في دعائه : أسألك بمقعد العز من عرشك) وعن أبي يوسف أنه يجوز ، فقد جاء في الأثر : اللهم إني أسألك بمقعد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك ، وباسمك الأعظم وكلماتك الثامنة . ووجه الظاهر أنه يوم تعلق عزه بالعرش ، وصفات الله تعالى جميعها قديمة بقدمه ، فكان الاحتياط في الإساءة عنه ، وما رواه خبر آخر أحاد لا يترك به الاحتياط (ورد السلام فريضة على كل من سمع السلام إذا قام به بعض القوم سقط عن الباقيين ، والتسليم سنة) والرد فريضة لأن الامتناع عن الرد إهانة بالمسلم واستخفاف به وإنه حرام (وثواب المسلم أكثر) قال عليه الصلاة والسلام « للباقي من الثواب عشرة ، وللرد واحدة » ولا يضح الرد حتى يسمعه المسلم ، لأنه إنما يكون جوابا إذا سمعه المخاطب إلا أن يكون أصم فينبغي أن يرد عليه بتحريك شفته ؛

وَيَتَكْرَهُ السَّلَامُ عَلَى أَهْلِ الذَّمَّةِ ، وَلَا بِأَسْ بَرْدَ السَّلَامِ عَلَى أَهْلِ الذَّمَّةِ ،
وَمَنْ دَعَاهُ السُّلْطَانُ أَوْ الْأَمِيرُ لِيَسْأَلَهُ عَنْ أَشْيَاءَ لَا يَنْبَغِي أَنْ يَتَكَلَّمَ بِتَغْيِيرِ
الْحَقِّ ؛ وَاسْتِجَاعِ الْمَلَاهِي حَرَامٌ ؛

وَكُلُّكَ تَشْمِيتُ الْعَاطِسِ ؛ وَلَوْ سَلِمَ عَلَى جَمَاعَةٍ فِيهِمْ صَبِيٌّ فَرَدَّ الصَّبِيَّ إِنْ كَانَ لَا يَعْقِلُ
لَا يَصَحُّ ، وَإِنْ كَانَ يَعْقِلُ هَلْ يَصَحُّ ؟ فِيهِ اخْتِلَافٌ ، وَيَجِبُ عَلَى الْمَرْأَةِ رَدَّ سَلَامِ الرَّجُلِ
وَلَا تَرْفَعُ صَوْتَهَا لِأَنَّهُ عَوْرَةٌ ، وَإِنْ سَلِمَتْ عَلَيْهِ ؛ فَإِنْ كَانَتْ عَجُوزًا رَدَّ عَلَيْهَا ، وَإِنْ كَانَتْ
شَابَةً رَدَّ فِي نَفْسِهِ ؛ وَعَلَى هَذَا التَّفْصِيلِ تَشْمِيتُ الرَّجُلِ الْمَرْأَةَ . وَبِالْعَكْسِ ، وَلَا يَجِبُ رَدُّ
سَلَامِ السَّائِلِ لِأَنَّهُ لَيْسَ لِلتَّجَنُّبِ بَلْ شُعَارِ السَّوَالِ ؛ وَمَنْ بَلَغَ غَيْرُهُ سَلَامَ غَائِبٍ يَنْبَغِي أَنْ يَرُدَّ
عَلَيْهَا . وَرَوَى أَنَّ الْحَسَنَ بْنَ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ « يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنْ أَبِي يَسَلُّمُ عَلَيْكَ ،
قَالَ : عَلَيْكَ وَعَلَى أَيْلِكَ السَّلَامُ » وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَسَلَّمَ عَلَى مَنْ يَقْرَأُ الْقُرْآنَ لِأَنَّهُ يَشْغَلُهُ عَنْ
قِرَائَتِهِ ، فَإِنْ سَلَّمَ عَلَيْهِ يَجِبُ عَلَيْهِ الرَّدُّ لِأَنَّهُ فَرَضَ الْقِرَاءَةَ لَا . وَذَكَرَ الرَّازِيُّ فِي أَدَبِ الْقَضَاءِ
أَنْ مَنْ دَخَلَ عَلَى الْقَاضِي فِي مَجْلَسٍ حَكَمَهُ وَسَعَهُ أَنْ يَتَرَكَ السَّلَامَ عَلَيْهِ هَيِّئَةً لَهُ وَاحْتِشَامًا ،
وَبِهَذَا جَرَى الرَّسْمُ أَنَّ الْوَلَاةَ وَالْأَمْرَاءَ إِذَا دَخَلُوا عَلَيْهِمْ لَا يَسَلِّمُونَ ، وَإِلَيْهِ مَالُ الْخِصَافِ ،
وَعَلَى الْأَمِيرِ أَنْ يَسَلَّمَ وَلَا يَتَرَكَ السَّنَةَ لِتَقْلِيدِ الْعَمَلِ ، وَإِنْ جَلَسَ نَاحِيَةً مِنَ الْمَسْجِدِ لِلْحَكْمِ
لَا يَسَلِّمُ عَلَى الْخِصُومِ وَلَا يَسَلِّمُونَ عَلَيْهِ ، لِأَنَّهُ جَلَسَ لِلْحَكْمِ وَالسَّلَامُ نَحْمَةُ الزَّائِرِينَ ، فَيَنْبَغِي
أَنْ يَشْتَغَلَ بِمَا جَلَسَ لِأَجَلِهِ كَالَّذِي يَقْرَأُ الْقُرْآنَ ، وَإِنْ سَلَّمُوا لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الرَّدُّ ، وَعَلَى هَذَا
مَنْ جَلَسَ يَفْقَهُ تَلَامُذَتَهُ وَيَقْرَأُ الْقُرْآنَ فَخَلَّ عَلَيْهِ دَاخِلٌ فَسَلَّمَ وَسَعَهُ أَنْ لَا يَرُدَّ ، لِأَنَّهُ إِذَا
جَلَسَ لِلتَّعْلِيمِ لَا لِرَدِّ السَّلَامِ . قَالَ (وَيَكْرَهُ السَّلَامُ عَلَى أَهْلِ الذَّمَّةِ) لِمَا فِيهِ مِنْ تَعْظِيمِهِمْ وَهُوَ
مَكْرُوهٌ ، وَإِذَا اجْتَمَعَ الْمُسْلِمُونَ وَالْكَفَّارُ يَسَلِّمُ عَلَيْهِمْ وَيَنْوِي الْمُسْلِمِينَ ، وَلَوْ قَالَ : السَّلَامُ
عَلَى مَنْ اتَّبَعَ الْهِنْدِيَّ يَحُوزُ (وَلَا بِأَسْ بَرْدَ السَّلَامِ عَلَى أَهْلِ الذَّمَّةِ) لِأَنَّ الْإِمْتِنَاعَ عَنْهُ بِؤْذِهِمْ
وَالرَّدَّ لِإِحْسَانٍ وَلِإِذَا هُمْ مَكْرُوهٌ وَالْإِحْسَانُ بِهِمْ مَتْلُوبٌ ، وَلَا يَزِيدُ فِي الرَّدِّ عَلَى قَوْلِهِ :
وَعَلَيْكُمْ ، فَقَدْ قِيلَ لِنَهْمٍ يَقُولُونَ : السَّامُ عَلَيْكُمْ ، فَيَجَابُونَ بِقَوْلِهِ وَعَلَيْكُمْ ، وَهَكَذَا نَقَلَ عَنْهُ
عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ رَدَّ عَلَيْهِمْ ، وَلَا بِأَسْ بَعِيدَتُهُمْ اقْتِدَاءَ بِرَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ
وَسَلَّمَ ، وَلَئِنْ فِيهِ بَرٌّ وَمَا نَهْنَأُ عَنْهُ ؛ وَلَوْ قَالَ لِلَّذِي : أَطَالَ اللَّهُ بِقَامِكَ ؛ إِنْ نَوَى أَنَّهُ يَطِيلُهُ
لَيَسَلَّمَ أَوْ لَيُؤَدِّيَ الْجِزْيَةَ جَازٍ لِأَنَّهُ دَعَاهُ بِالْإِسْلَامِ ، وَإِلَّا لَا يَحُوزُ . (وَمَنْ دَعَاهُ السُّلْطَانُ أَوْ الْأَمِيرُ
لِيَسْأَلَهُ عَنْ أَشْيَاءَ لَا يَنْبَغِي أَنْ يَتَكَلَّمَ بِتَغْيِيرِ الْحَقِّ) قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « مَنْ تَكَلَّمَ عِنْدَ
ظُلَمٍ بِمَا يَرْضِيهِ بِتَغْيِيرِ حَقٍّ يَغْيِرُ اللَّهُ قَلْبَ الظَّالِمِ عَلَيْهِ وَيَسْلُطُهُ عَلَيْهِ ؛ أَمَا إِذَا خَافَ الْقَتْلَ أَوْ تَلَفَ
بَعْضَ جَسَدِهِ أَوْ أَنْ يَأْخُذَ مَالَهُ ، فَحِينَئِذٍ يَسَعُهُ ذَلِكَ لِأَنَّهُ مَكْرَهُ . قَالَ (وَاسْتِجَاعُ الْمَلَاهِي
حَرَامٌ) كَالضَّرْبِ بِالْقَضِيبِ وَاللِّفْ وَالزَّمَارِ وَغَيْرِ ذَلِكَ . قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « اسْتِجَاعُ

وَيَكْرَهُ تَعْمِيرُ الْمُصْحَفِ وَتَقَطُّهُ ، وَلَا بَأْسَ بِتَحْلِيلَتِهِ ، وَلَا بَأْسَ بِنَقْشِ
الْمَسْجِدِ ، وَلَا بَأْسَ بِدُخُولِ الذَّمَّى الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ أَوْ غَيْرَهُ مِنَ الْمَسَاجِدِ

صوت الملاهي معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها من الكفر ، الحديث خرج مخرج
التشديد وتقليظ الذنب ، فان سمعه بخته يكون معلوما ، ويجب أن يجتهد أن لا يسمعه لما
روى ، أنه عليه الصلاة والسلام أدخل أصبعيه في أذنيه لتلاسمع صوت الشبابة (١) . وعن
الحسن بن زياد : لا بأس بالدف في العرس ليشتهر ويعلم النكاح . وسئل أبو يوسف أيكره
الدف في غير العرس تضربه المرأة للصبي في غير فسق ؟ قال لا ، فأما الذي يجيء منه
الفاحش للغناء فإني أكرهه . وقال أبو يوسف : في دار يسمع منها صوت المزمار والمغازف
أدخل عليهم بغير إثمهم لأن الهوى عن المنكر فرض ، ولو لم يجز الدخول بغير إذن لامتنع
الناس من إقامة هذا الفرض . رجل أظهر الفسق في داره يذنب للإمام أن يتقدم عليه ، فان
كف عنه وإلا إن شاء حبسه أو ضربه سيطا ، وإن شاء أزعجه عن داره . ومن رأى منكرا
وهو ممن يرتكبه يلزمه أن ينهى عنه ، لأنه يجب عليه ترك المنكر والهوى عنه ، فاذا ترك
أحدهما لا يسقط عنه الآخر ، والمغنى والقرال والنائحة أن أخذ المال بغير شرط يباح له ، وإن كان
بشرط لا يباح لأنه أجر على معصية . قال (ويكره تعشير المصحف ونقطه) لقول ابن
مسعود وغيره من الصحابة رضي الله عنهم : جردوا المصاحف ، ويزروى : جردوا القرآن ،
والنقط والتعشير ليس من القرآن فيكون منبها عنه . قال (ولا بأس بتحلته) لأنه تعظيم له
(ولا بأس بنقش المسجد) وقيل هو قرينة حسنة ، وقيل مكروه والأوّل أصحّ لأنه
تعظيم له . وأما التجصيص فحسن لأنه إحكام للبناء ، ويكره للزينة على المهراب لما فيه من
شغل قلب المصل بالنظر إليه ، إذا جعل البياض فوق السواد أو بالعكس للنقش لا بأس به
إذا فعله من ماله نفسه ولا يستحسن من مال الوقف لأنه تضييع ، وتكره الخياطة وكل
عمل من أعمال الدنيا في المسجد لأنه ما بنى لذلك ولا وقف له ، قال تعالى - في بيوت أذن
لله أن ترفع ويذكر فيها اسمه - والجلوس فيه ثلاثة أيام للتعزية مكروه ، وقد رخص ذلك
في غير المسجد ، ولو جلس للعلم أو التناصح يكتب في المسجد لا بأس به إن كان حسنة ،
ويكره بالأجر إلا عند الضرورة بأن لا يجد مكانا آخر وكانوا يكرهون غلق باب المسجد ولا
بأس به في زماننا في غير أوقات الصلاة لفساد أهل الزمان فانه لا يؤمن على متاع المسجد .
قال (ولا بأس بدخول الذي المسجد الحرام أو غيره من المساجد) لما روى ، أنه صلى الله
عليه وسلم أنزل وقد تقيف في المسجد وكانوا كثفارا وقال : ليس على الأرض من نجسهم
شيء ، وتأويل الآية أنهم لا يدخلون مستولين أو طائفين عراة كما كانت عادتهم .

(١) قال في المنجد : الشبابة : نوع من المزمار

والسنة : تَكْلِيمُ الْأَطْفَارِ ، وَتَنْفِ الْإِبْطِ ، وَحَلْقُ الْعَانَةِ وَالشَّارِبِ ، وَقَصُّ أَحْسَنُ

فصل

(والسنة : تَقْلِيمُ الْأَطْفَارِ ، وَتَنْفِ الْإِبْطِ ، وَحَلْقُ الْعَانَةِ وَالشَّارِبِ ، وَقَصُّ أَحْسَنُ) وهذه من سنن الخليل حبوات الله عليه ، وفعلها نينا صلى الله عليه وسلم وأمر بها ، وقيل أول من قصَّ الشارب وأختن قلم الأظفار ورأى الشيب إبراهيم عليه السلام . قال الطحاوي في شرح الآثار : قصَّ الشارب حسن ، وهو أن تأخذ حتى ينقص عن الإطار وهو الطرف الأعلى من الشفة العليا . قال (١) : والحلق سنة وهو أحسن من القص . وهو قول أصحابنا . قال عليه الصلاة والسلام : أحفوا الشارب واعفوا اللحى ، والاحفاء الاستئصال ، وإعفاء اللحى ، قال محمد عن أبي حنيفة : تركها حتى تكثُر وتكثر والتقصير فيها سنة ؛ وهو أن يقبض الرجل لحية فما زاد على قبضته قطعه لأن اللحية زينة وكثرتها من كمال الزينة وطولها الفاحش خلاف السنة ؛ والسنة التنف في الإبط ولا بأس بالحلق ، ويتبدى في حلق العانة من تحت السرة ؛ وإذا قصَّ أظفاره أو حلق شعره ينبغي أن يدفنه ، قال تعالى - ألم نجعل الأرض كفافا أحياء وأمواتا - وإن ألقاه فلا بأس به ، ويكره إلقاؤه في الكنيف والمخسل ، قالوا : لأنه يورث المرض . وتوفير الأظفار والشارب منسوب إليه في دار الحرب ليكون أهيب في عين العدو ، والأظافر سلاح عند عدم السلاح ، والختان للرجال سنة وهو من القطرة ، وهو للنساء مكروه ، فلو اجتمع أهل مصر على ترك الختان قاتلهم الإمام لأنه من شعائر الإسلام وخصائصه . واختلفوا في وقته ، قيل حتى يبلغ ، وقيل إذا بلغ تسع سنين ، وقيل عشرا ، وقيل متى كان يطيق ألم الختان ختن وإلا فلا ، ولو ولد وهو يشبه الخنثى لا يقطع منه شيء حتى يكون ما يورى الحشفة ، ولا بأس بقبض أذن البنات الأظفار لأنه لإعلام لمنفعة الزينة وإيصال الألم إلى الحيوان المصلحة تعود إليه جائر كالتختان والحجامة وبط القرحة (٢) وقد فعل ذلك في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليهم . امرأة حامل اعترض الولد في بطنها ولا يمكن استخراجه إلا بأن يقطع وينخاف على الأم ، إن كان ميتا لا بأس به ، وإن كان حيا لا يجوز . امرأة ماتت وهي حامل فاضطرب الولد في بطنها ، فإن كان أكبر الرأي أنه حي شقَّ بطنها من الجانب الأيسر ، لأنه تسبب إلى إحياء نفس محترمة . عن محمد رجل ابتلع دودة أو دنانير لرجل ومات ولم يترك مالا

(١) قال : أي الطحاوي هـ

(٢) بط القرحة : شقها هـ .

ولا بأس بدخول الحمام للرجال والنساء إذا اتزر وغُضَّ بَصَرُهُ ،

فصل

تَجَوُّزُ الْمَسَابِقَةِ عَلَى الْأَقْدَامِ وَالْخَيْلِ وَالْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ وَالْإِبِلِ وَالرُّمَى ،

لا يشق بطنه وعليه قيمته لأنه لا يجوز إبطال حرمة الأذى لصيانة المال . وروى الجرجاني عن أصحابنا أنه يشق لأن حق العبد مقدّم على حق الله تعالى ومقدّم على حق الظالم المتعدي . امرأة عابجت في إسقاط ولدها لاثام ما لم يستثن شيء من خلقه . شاة دخل قرنّها في قلد وتعدّر لإخراجها ينظر أيهما أكثر قيمة يؤمر بدفع قيمة الآخر فيملكه ثم يتلف أيهما شاء . ويكره تعليم البازي وغيره من الجوارح بالطير الحى يأخذه فيعدّه به ، ولا بأس بتعليمه بالمذبوح . قال (ولا بأس بدخول الحمام للرجال والنساء إذا اتزر وغُضَّ بصره) لما فيها من معنى النظافة والزينة وتوارث الناس ذلك من غير تكبر . ونعز الأعضاء في الحمام مكروه لأنه عادة المترفين والمتكبرين إلا من عذر ألم أو تعب فلا بأس به ؛ ويكره القعود على القبور لورود الهوى عنه ؛ ويكره الإشارة إلى الحلال عند رؤيته لأنه من عادة الجاهلية كانوا يفعلونه تعظيلاً له . أما إذا أشار إليه ليريه صاحبه فلا بأس به ، ولا يحمل الحر إلى الخلل ويحمل الخلل إليها ، ولا تحمل الجيفة إلى المرأة وتحمل المرأة إليها ، ولا يحمل سراج المسجد إلى بيته ، ولا بأس بحملها من البيت إلى المسجد ، ولا يقود أباه النصراني إلى البيعة ويقوده من البيعة إلى البيت ؛ وتستحب القبولة وذلك بين المنجلين (١) ، قال عليه الصلاة والسلام « قِيلُوا فَإِنَّ الشَّيْطَانَ لَا يَقِيلُ » . رجل يختطف إلى أهل الظلم والشرّ ليدفع عنه ظلمه وشره إن كان مشهوراً بمن يقتل به كره له ذلك ، لأنّ الناس يظنون أنه يرضى بأمره ، فيكون مذلة لأهل الحق ؛ وإن لم يكن مشهوراً لا بأس به إن شاء الله تعالى .

فصل

(تجوز المسابقة على الأقدام والخيل والبغال والحمير والإبل والرمي) والأصل فيه حديث أبي هريرة أن النبي عليه الصلاة والسلام قال « لاسبق إلا في خف أو نصل أو حافر » . والمراد بالخف الإبل ، وبالنصل الرمي ، وبالحافر القرس والبغل والحصار . وعن الزهري قال : كانت المسابقة بين أصحاب رسول الله عليه الصلاة والسلام في الخيل والركاب والأرجل ، ولكنه مما يحتاج إليه في الجهاد للكر والفر ، وكل ما هو من أسباب الجهاد فتعلمه مطلوب إليه

(١) قوله بين المنجلين : كلما بالأصل .

فان شرط فيه جعل من أحد الجانبين أو من ثالث لأسبقهما فهو جائز ،
وإن شرط من الجانبين فهو قمار إلا أن يكون بينهما محلل يفرس كف
لفرسيهما يتوهم سبقه لهما إن سبقهما أحد منهما ، وإن سبقاه لم
يعطيهما ، وفيما بينهما سبق أخذ من صاحبه ، وعلى هذا التفصيل
إذا اختلفت قضيان في مسألة وأراد الرجوع إلى شيخ وجعل على ذلك جملاً .

وكانت العضباء ناقة رسول الله عليه الصلاة والسلام لا تسبق ، فجاء أعرابي على عهد فسبقها
فشق ذلك على المسلمين ، فقال عليه الصلاة والسلام « ما رفع الله شيئا إلا وضعه » وفي
الحدith « تسابق رسول الله عليه الصلاة والسلام وأبو بكر وعمر فسبق رسول الله صلى الله
عليه وسلم ، وصلى (١) أبو بكر وثلاث عمر » وعن النبي صلى الله عليه وسلم « لا تحضر
الملائكة شيئا من الملاهي سوى النصال والرهان » أي الرمي والمسابقة . قال (فان شرط فيه
جعل من أحد الجانبين أو من ثالث لأسبقهما فهو جائز) وذلك مثل أن يقول أحدهما
لصاحبه : إن سبقتني أعطيتك كذا ، وإن سبقتك لا أخذ منك شيئا ، أو يقول الأمير
لجماعة فرسان من سبق منكم فله كذا ، وإن سبق لأشياء عليه ، أو يقول لجماعة الرماة :
من أصاب الهدف فله كذا ، وإنما جاز في هذين الوجهين لأنه تعرض على تعليم آلة
الحرب والجهاد ، ولقوله عليه الصلاة والسلام « المؤمنون عند شروطهم » وفي القياس
لا يجوز لأنه تعليق المال بالخطر . قال (وإن شرط من الجانبين فهو قمار) وأنه حرام (إلا
أن يكون بينهما محلل يفرس كف لفرسيهما يتوهم سبقه لهما ، إن سبقهما أحد منهما ،
وإن سبقاه لم يعطيهما ، وفيما بينهما سبق أخذ من صاحبه) وإنما جاز ذلك لأنه بالحلل
خرج عن أن يكون قمارا فيجوز لما ذكرنا ، وقيل في المحلل أن يكون إن سبقاه أعطاهما ،
وإن سبقهما لم يأخذ منهما وهجائز أيضا لما ذكرنا ، ولو لم يكن فرس المحلل مثلهما
لا يجوز لأنه لا فائدة في إدخاله بينهما فلا يخرج من أن يكون قمارا . قال (وعلى هذا التفصيل
إذا اختلف قضيان في مسألة وأراد الرجوع إلى شيخ وجعل على ذلك جملاً) لأنه لما جاز
في الأفراس لمعنى يرجع إلى الجهاد يجوز هنا للحث على الجهد في طلب العلم ، لأن الدين
يقوم بالعلم كما يقوم بالجهاد ، والمسابقة بالخليل للرياضة مالم يتبعها منسوب إليه ، وكذلك
على الأقدام والرمي ، قال عليه الصلاة والسلام « إن الله تعالى يخلع بالصم الواحد الجنة
ثلاثة : صانعه ومنبله والراي به » رواة عقبة بن عامر الجهني ، ونحس الدابة وركضها
للجهاد وغيره من غرض صحيح لأبأس به ، وللتلهي مكروه ، وركض الدابة بتكلف

(١) قوله وصلى ، قال في القاموس : صلى الفرس : تلا السابق ، وقال أيضا : ثلث
الفرس : جاء بعد المصل .

فصل في الكسب

للعرض على المشتري مكروه لأنه يغرّ بالمشتري . وفي الحديث « تضرب الدابة على الثفار ولا تضرب على الثار » فإن الثار يكون من سوء إمساك الراكب للجام ، والثفار من سوء خلق الدابة فتؤدّب على ذلك . وعن عمر رضی الله عنه أنه كتب إلى سعد بن أبي وقاص : لا تخصّص فرسا ولا تجرّين فرسا ، ومعناه أن صهيل الفرس يرهّب العدو ، وانخصّص يمنعه لأنه حرم لأنهم تعارفوه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا من غير نكير ، ويجوز شراء الخصي من الخيل وركوبه بالاتفاق ، ومعنى اللهم الثاني إجراء الفرس فوق ما يحتمله .

فصل في الكسب

قال محمد بن سماعة : سمعت محمد بن الحسن يقول : طلب الكسب فريضة كما أن طلب العلم فريضة ، وهذا صحيح لما روى ابن مسعود عن النبي عليه الصلاة والسلام قال طلب الكسب فريضة على كل مسلم ، وقال عليه الصلاة والسلام « طلب الكسب بعد الصلاة المكتوبة » أي الفريضة بعد الفريضة ، ولأنه لا يتوسل إلى إقامة القرض إلا به فكان فرضا لأنه لا يمكن من أداء العبادات إلا بقوة بدنه وقوة بدنه بالقوت عادة وخلة . قال تعالى - وما جعلناهم جسدا لا يأكلون - ونحصيل القوت بالكسب ولأنه يحتاج في الطهارة إلى آلة الاستقاء والآنية ، ويحتاج في الصلاة إلى ما يستر عورته ، وكل ذلك إنما يحصل عادة بالاكْتِسَاب والرسول عليهم الصلاة والسلام كانوا يكتسبون ، فأدّم زرع الحنطة وسقاها وحصدتها وداسها وطحنها وعجنها وخبزها وأكلها ، ونوح كان نجارا ، وإبراهيم كان بزازا ، وداود كان يصنع الدروع ، وصليمان كان يصنع المكائيل (١) من الخوص ، وزكريا كان نجارا ، ونبيينا رعى الغنم ، وكانوا يأكلون من كسبهم ، وكان الصديق رضي الله عنه بزازا ، وعمر يعمل في الأديم ، وعثمان كان تاجرا يجلب الطعام فيبيعه ، وعلى كان يكتب قد صحّ أنه كان يؤجر نفسه ، ولا تلتفت إلى جماعة أنكروا ذلك وقعدوا في المساجد أحدهم طاعة وأيديهم مائة إلى ما في أيدي الناس يسمون أنفسهم المتوكلة ، وليسوا كذلك ، يتمسكون بقوله تعالى - وفي السماء رزقكم وما توعدون - وهم بمعناه وتأويله جاهلون ، فإن المراد به المطر الذي هو سبب إنبات الرزق ، ولو كان الرزق ينزل علينا من السماء لما أمرنا بالاكْتِسَاب والسعي في الأسباب ، قال تعالى - فامشوا في متاحبها واكلوا من رزقه - وقال تعالى - أنفقوا من طيبات ما كسبتم - .

(١) قوله المكائيل ، قال في المنجد : المكمل والمكثلة زنبيل من خوص والجمع مكائيل

وأفضل أسباب الكسب : الجهاد ثم التجارة ثم الزراعة ثم الصناعة .

وفي الحديث « إن الله تعالى يقول : يا عبدي حرك يلك أنزل عليك الرزق » وقال تعالى - وهزى إليك ينجذ النخلة تساقط عليك رطباً جنياً - وكان تعالى قادراً أن يرزقها من غير هز منها ، لكن أمرها ليعلم العباد أن لا يتركوا اكتساب الأسباب ، فإن الله تعالى هو الرزاق ونظير هذا خلق الإنسان ، فإن الله تعالى قادر على خلقه لآمن سبب ولا في سبب كآدم عليه السلام ، ويخلق من سبب لآفي سبب كحواء ، وقد يخلق في سبب لآمن سبب كعيسى ، وقد يخلق من سبب في سبب كسائر بني آدم ؛ فطلب العبد الولد بالنكاح لا يبنى كونه الخالق هو الله تعالى ، فكل ذلك طلبه الرزق بأسبابه لا يبنى كونه الرزاق هو الله تعالى ، والدلائل على ذلك كثيرة والأحاديث الواردة فيه متوافرة ، وكتابنا هذا يضيئ عن استيعابها ، وفي هذا بلاغ ومقتنع .

وطلب العلم فريضة ، قال عليه الصلاة والسلام « طلب العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة » وهو أقسام : فرض ، وهو مقدار ما يحتاج إليه لإقامة الفرائض ومعرفة الحق من الباطل ، والحلال من الحرام ، وهو محمل الحديث ، ومستحب ، وقربة كتعليم ما لا يحتاج إليه ليعلم من يحتاج إليه كالفقير يتعلم أحكام الزكاة والحج ليعلمها من وجبا عليه ، وكذلك تعلم الفضائل والسنن كالآذان والإقامة والجماعة وسنة الختان ونحوها ، ومباح وهو الزيادة على ذلك للزينة والكمال ، ومكروه وهو التعلم ليهيئ به العلماء ويمارى به السفهاء ، قال عليه الصلاة والسلام « من تعلم علماً لم يباي به العلماء ويمارى به السفهاء ألجم بلجام من نار يوم القيامة » ولذلك كره أبو حنيفة تعلم الكلام والمناظرة فيه وراء قلز الحاجة . والتعلم بقدر ما يحتاج إليه لإقامة الفرض فرض أيضاً ، قال عليه الصلاة والسلام « من سئل عن علم عنده احتاج الناس إليه فكتمه ألجم يوم القيامة بلجام من نار » حتى قالوا : يجب على المولى أن يعلم عبده من القرآن والعلم بقدر ما يحتاج إليه لأداء الفرائض ، ويفترض العلماء تعليمه إلى أن يفهم المتعلم ويحفظه ويضبطه ، لأنه لا يتمكن من إقامة الفرائض إلا بال حفظ ، ولا يجب على الفقيه أن يجيب عن كل ما يسأل إذا كان هناك من يجيب غيره ، فإن لم يكن يلزمه الجواب ، لأن الفتوى والتعليم فرض كفاية . قال (مأفضل أسباب الكسب الجهاد) لأن فيه الجمع بين حصول الكسب وإعزاز الدين وقهر عدو الله تعالى (ثم التجارة) لأن النبي عليه الصلاة والسلام حث عليها فقال « التاجر الصلوق من الكرام البررة » وقال « إن الله يحب التاجر الصلوق » (ثم الزراعة) وأول من فعله آدم عليه السلام ، وقال عليه الصلاة والسلام « الزارع يتاجر ربه » وقال « اطلبوا الرزق تحت خبايا الأرض » (ثم الصناعة) لأنه عليه الصلاة والسلام حرض عليها فقال « الحرفة أمان

ثم هو فرض ، وهو الكسب بقدر الكفاية لنفسه وعياله وقضاء ديونه .
ومستحب ، وهو الزيادة على ذلك ليؤمى به فقيرا ، أو يجازى به قريبا .
ومباح ، وهو الزيادة للتجمل والتنعم . ومكروه ، وهو الجمع للتفاخر
والتكاثر والبطر والأشر وإن كان من حل .

أما الأكل فعمل مراتب : فرض ، وهو ما يتدفع به الهلاك . ومأجور
عليه ، وهو ما زاد عليه ليتمكن من الصلاة قائما ويسهل عليه الصوم .

من الفقر ، ومنهم من فضل الزرع على التجارة لأنه أعم نفعاً ، قال عليه الصلاة والسلام
« ما زرع أو غرس مسلم شجرة فتناول منها إنسان أو دابة أو طير إلا كانت له صدقة » .
(ثم هو) أنواع : (فرض ، وهو الكسب بقدر الكفاية لنفسه وعياله وقضاء ديونه) لما
بيننا أنه لا يتوصل إلى إقامة القرض إلا به وهو قضاء الدين ونفقة من يجب عليه نفقته ، فانه
ترك الاحتياط بعد ذلك وسعه . قال عليه الصلاة والسلام « من أصبح آمناً في سربه معافى
في جسده عند قوت يومه فكأنما حيزت له الدنيا بحذافيرها » وإن اكتسب ما يدخره لنفسه
وعياله فهو في سعة ، فقد صبح أن النبي عليه الصلاة والسلام ادخر قوت عياله سنة .
(ومستحب ، وهو الزيادة على ذلك ليؤمى به فقيرا ، أو يجازى به قريبا) فانه أفضل من
التخلل لغل العيادة ، لأن منفعة الثقل تخصه ومنفعة الكسب له ولغيره ، وقال عليه الصلاة
والسلام « خير الناس من ينفع الناس » وقال عليه الصلاة والسلام « تباث العبادات فقالت
الصدقة أنا أفضلها » وقال عليه الصلاة والسلام « الناس عيال الله في الأرض وأحبهم إليه
أنفعهم لعياله » . (ومباح ، وهو الزيادة للتجمل والتنعم) قال عليه الصلاة والسلام « نعم
المال الصالح للرجل الصالح » وقال عليه الصلاة والسلام « من طلب الدنيا حلالا متعففا
لبي الله تعالى ووجهه كالقمر ليلة البدر » . (ومكروه ، وهو الجمع للتفاخر والتكاثر والبطر
والأشر وإن كان من حل » فقد قال عليه الصلاة والسلام « من طلب الدنيا مفاخرا مكاثرا
لبي الله تعالى وهو عليه غضبان » .

ثم اعلم أن الله تعالى خلق بني آدم خلقا لأقوام له إلا بالأكل والشرب واللباس ، وكل
منها ينقسم إلى : مباح ، ومحظور وغيرهما ، وأنا أبيت بتوفيق الله تعالى (أما الأكل فعلى
مراتب : فرض ، وهو ما ينفع به الهلاك) لأنه لإبقاء البنية ، إذ لا بقاء لها بدون به
يتمكن من أداء القرائض على ما مر ويؤجر على ذلك ، قال عليه الصلاة والسلام « إن الله
ليؤجر في كل شيء حتى القملة يرفعها العبد إلى فيه » فان ترك الأكل والشرب حتى هلك
قد عصى ، لأن فيه إلقاء النفس إلى الهلكة ، وإنه منهي عنه في حكم التنزيل . قال
(ومأجور عليه ، وهو ما زاد عليه ليتمكن من الصلاة قائما ويسهل عليه الصوم)

وَمُبَاحٌ ، وَهُوَ مَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ إِلَى الشَّيْعِ لِيَزْدَادَ قُوَّةَ الْبَدَنِ . وَحَرَامٌ ، وَهُوَ الْإِكْثَالُ فَوْقَ الشَّيْعِ إِلَّا إِذَا قَصِدَ التَّقْوَى عَلَى صَوْمِ الْغَدِ أَوْ لَيْثَلًا يَسْتَحْيِي الضَّعِيفُ ، وَلَا تَجُوزُ الرِّيَاضَةُ بِتَقْلِيلِ الْأَكْلِ حَتَّى يَضْعُفَ عَنْ أَدَاءِ الْفَرَائِضِ ، وَمَنْ امْتَنَعَ مِنْ أَكْلِ الْمَيْتَةِ حَالَةَ الْمُخْتَصَةِ ،

قال عليه الصلاة والسلام : المؤمن القوى أحب إلى الله تعالى من المؤمن الضعيف ، ولأن الاشتغال بما يتقوى به على الطاعة طاعة . وسئل أبو ذر رضى الله عنه عن أفضل الأعمال فقال : الصلاة وأكل الخبز إشارة إلى ما قلنا . قال (ومباح ، وهو ما زاد على ذلك إلى الشيعة ليزداد قوة البدن) ولا أجر فيه ولا وزر ، ويحاسب عليه حسابا سيرا إن كان من حل ، فقد روى أن النبي عليه الصلاة والسلام أتى بعرق فيه تمر ورطب فقال : إنكم لتحاسبون في هذا ، فرفعه عمر ورفضه وقال : أفي هذا تحاسب ؟ فقال عليه الصلاة والسلام لى والله والذي نفسى بيده إنكم لتحاسبون يوم القيامة في الماء البارد والماء الحار إلا خرقه تستر بها عورتك ، وكسرة خبز ترد بها جوعتك ، وشربة ماء تطفى بها عطشك ، وقال عليه الصلاة والسلام : يكنى ابن آدم لقيات يقمن صلبه ولا يلام على كفاف . قال (وحرام ، وهو الأكل فوق الشيع) لأنه إضاعة للمال وإمراض للنفس ولأنه تبذير وإسراف وقال عليه الصلاة والسلام : ما ملأ ابن آدم وعاء شراً من البطن ، فإن كان لا بد فلتك الطعام وثلاث للشراب وثلاث للنفس ، وتبشأ رجل في مجلس رسول الله صلى الله عليه وسلم فغضب عليه وقال : نَحْ عَنَّا جِشَاك ، أما علمت أن أطول الناس هذا يوم القيامة أكثرهم شبعاً في الدنيا ؟ وقيل لعمر : ألا تتخذ جوارشا ؟ فقال : وما يكون الجوارش ؟ قالوا : ماضوما يهضم الطعام ، قال : سبحان الله أو يأكل المسلم فوق الشيع ؟ . قال (إلا إذا قصد التقوى على صوم الغد) لأن فيه فائدة (أو لئلا يستحي الضيف) لأنه إذا أسك والضعيف لم يشبع ربما استحي فلا يأكل حياء وخجلا ، فلا بأس بأكله فوق الشيع لئلا يكون ممن أساء القرى وهو مذموم عقلا وشرعا . قال (ولا تجوز الرياضة بتقليل الأكل حتى يضعف عن أداء الفرائض) قال عليه الصلاة والسلام : إن نفسك مطيتك فارفق بها ، وليس من الرفق أن يبيعها ويذبيها ، ولأن ترك العبادة لا يجوز فكلا ما يعضى إليه ، فأما تجويع النفس على وجه لا يعجز عن أداء العبادات فهو مباح وفيه رياضة للنفس وبه يصير الطعام مشتهى ، بخلاف الأول فإنه إهلاك للنفس ، وكذا الشاب الذى يخاف الشبق لا بأس بأن يمتنع عن الأكل ليكسر شهوته بالجوع على وجه لا يعجز عن أداء العبادات على ما قال عليه الصلاة والسلام : فإنه له وجاء . قال (ومن امتنع من أكل الميتة حالة المخصصة ،

أَوْصَاكُمْ وَلَمْ يَأْكُلْ حَتَّى مَاتَ إِيَّاهُمْ ، وَمَنْ امْتَنَعَ مِنَ التَّذَاوِي حَتَّى مَاتَ لَمْ يَأْتُمْ
وَلَا بِأَسْ بِالنَّفْسِ بِأَنْوَاعِ الْفَوَاحِشِ ، وَتَرَكُهُ أَفْضَلَ ، وَاتَّخَاذُ الْوَلَوَانِ الْأَطْعِمَةِ
وَالْبَاجَاتِ وَوَضْعُ الْخُبْزِ عَلَى الْمَائِدَةِ أَكْثَرُ مِنَ الْحَاجَةِ سَرَفٍ ، وَوَضْعُ الْمَمْلُوحَةِ
عَلَى الْخُبْزِ ، وَمَسْحُ الْأَصَابِعِ وَالسَّكِينِ بِهِ مَكْرُوهٌ ، وَلَكِنْ يَتْرَكَ الْمِلْحَ
عَلَى الْخُبْزِ . وَسَنَنُ الطَّعَامِ الْبَسْمَلَةُ فِي أَوَّلِهِ ، وَالْحَمْدُ لَهُ فِي آخِرِهِ .

أَوْ صَامَ وَلَمْ يَأْكُلْ حَتَّى مَاتَ إِيَّاهُمْ) لَأَنَّهُ أَتْلَفَ نَفْسَهُ لِمَا بَيْنَا أَنَّهُ لَا بَقَاءَ لَهُ إِلَّا بِأَكْلٍ ، وَالْمَيْتَةُ
حَالَةُ الْمُخْصَصَةِ إِمَّا حَلَالٌ أَوْ مَرْفُوعٌ الْإِثْمُ فَلَا يَجُوزُ الْامْتِنَاعُ عَنْهُ إِذَا تَعَيَّنَ لِإِحْيَاءِ النَّفْسِ .
وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ مَسْرُوقٍ وَجَاهَةٍ مِنَ الْعُلَمَاءِ وَالتَّابِعِينَ ، وَإِذَا كَانَ يَأْتُمُ بِبَرَكٍ أَكَلَ الْمَيْتَةَ
فَمَا ظَنُّكَ بِبَرَكِ الذَّيْبَةِ وَغَيْرِهَا مِنَ الْحَلَالَاتِ حَتَّى يَمُوتَ جَوْعًا . قَالَ (وَمَنْ امْتَنَعَ مِنْ
التَّذَاوِي حَتَّى مَاتَ لَمْ يَأْتُمْ) لَأَنَّهُ لَا يَقِينُ بِأَنَّ هَذَا الدَّوَاءَ يَشْفِيهِ وَلَعَلَّهُ يَصْبَحُ مِنْ غَيْرِ عِلَاجٍ .
قَالَ (وَلَا يَأْسُ بِالنَّفْسِ بِأَنْوَاعِ الْفَوَاحِشِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى - كُلُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ - وَفِيهِ
نَزَلَ قَوْلُهُ تَعَالَى - لَا تَجْرِمُوا طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ - . قَالَ (وَتَرَكُهُ أَفْضَلُ) لِثَلَاثِ تَقْصُصٍ
دَرَجَتِهِ ، وَيدخل تحت قوله تَعَالَى - أَذْهَبْتُمْ طَيِّبَاتِكُمْ فِي حَيَاتِكُمُ الدُّنْيَا - . قَالَ (وَاتَّخَاذُ الْوَلَوَانِ
الْأَطْعِمَةِ وَالْبَاجَاتِ ، وَوَضْعُ الْخُبْزِ عَلَى الْمَائِدَةِ أَكْثَرُ مِنَ الْحَاجَةِ سَرَفٍ) لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ
الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَدَّهُ مِنْ أَشْرَاطِ السَّاعَةِ . وَعَنْ عَائِشَةَ : أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى
عَنْ ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ قَصْدِهِ أَنْ يَدْعُوا الْأَصْيَافَ قَوْمًا بَعْدَ قَوْمٍ حَتَّى يَأْتُوا عَلَى آخِرِهِ
لِأَنَّ فَائِدَةَ . وَمَنِ الْإِسْرَافُ أَنْ يَأْكُلَ وَسْطَ الْخُبْزِ وَيَدْعُ حَوَاشِيَهُ ، أَوْ يَأْكُلَ مَا انْتَفَخَ
مِنْهُ وَيَتْرَكَ الْبَاقِي لِأَنَّ فِيهِ سَوْعَ تَجْبِيرٍ إِلَّا أَنْ يَكُونَ غَيْرُهُ يَتَنَاوَلُهُ فَلَا بِأَسْ بِهِ كَمَا إِذَا اخْتَارَ
رَغِيضًا دُونَ رَحِيفٍ . قَالَ (وَوَضْعُ الْمَمْلُوحَةِ عَلَى الْخُبْزِ ، وَمَسْحُ الْأَصَابِعِ وَالسَّكِينِ بِهِ مَكْرُوهٌ .
وَلَكِنْ يَتْرَكَ الْمِلْحَ عَلَى الْخُبْزِ) لِأَنَّ غَيْرَهُ يَسْتَقْبِلُ ذَلِكَ وَفِيهِ إِهَانَةٌ بِالْخُبْزِ وَقَدْ أَمَرْنَا بِإِكْرَامِهِ .
وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « أَكْرِمُوا الْخُبْزَ فَإِنَّهُ مِنْ بَرَكَاتِ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ »
قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « مَا اسْتَخَفَّ قَوْمٌ بِالْخُبْزِ إِلَّا ابْتَلَاهُمُ اللَّهُ بِالْجُوعِ » . وَمِنْ إِكْرَامِ
الْخُبْزِ أَنْ لَا يَنْتَظَرُوا الْإِدَامَ إِذَا حَضَرَ . وَمَنِ الْإِسْرَافُ إِذَا سَقَطَتْ مِنْ يَدِهِ لِقِيَّةٌ أَنْ يَتْرَكَهَا .
قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « أَتَى عَلَيْهَا الْأَذَى ثُمَّ كُلَّهَا » . قَالَ (وَسَنَنُ الطَّعَامِ : الْبَسْمَلَةُ فِي أَوَّلِهِ
وَالْحَمْدُ لَهُ فِي آخِرِهِ) فَإِنَّ نَسْيَ الْبَسْمَلَةِ فِي أَوَّلِهِ فَلْيَقُلْ إِذَا ذَكَرَ : بِاسْمِ اللَّهِ عَلَى أَوَّلِهِ وَآخِرِهِ ،
بِجَمِيعِ ذَلِكَ وَرَدَ الْأَثَرُ ، وَهُوَ شُكْرُ الْمُؤْمِنِ إِذَا رَزَقَ ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « إِنْ اللَّهُ
تَعَالَى يَرْضَى مِنْ عَبْدِهِ الْمُؤْمِنِ إِذَا قَدَّمَ إِلَيْهِ طَعَامًا أَنْ يَسْمِيَ اللَّهَ فِي أَوَّلِهِ وَيُحْمَدُ اللَّهَ فِي آخِرِهِ »

وَعَسَلُ الْيَدَيْنِ قَبْلَهُ وَبَعْدَهُ وَيُسْتَحَبُّ اخْتِاذُ الْأَوْجِيَةِ لِنَقْلِ الْمَاءِ إِلَى الْبُيُوتِ ، وَاخْتِاذُهَا مِنْ الْخَزَفِ أَفْضَلُ ، وَيُنْفِقُ عَلَى نَفْسِهِ وَعِيَالِهِ بِالسَّرَفِ وَلَا تَقْتِيرٍ ، وَمَنْ اشْتَدَّ جُوعُهُ حَتَّى عَجَزَ عَنْ طَلَبِ الْقَوْتِ فَقَرَضَ عَلَى كُلِّ مَنْ عَلِمَ بِهِ أَنْ يُطْعِمَهُ أَوْ يَدُلَّ عَلَيْهِ مَنْ يُطْعِمُهُ فَإِنْ قَدَّرَ عَلَى الْكَسْبِ يَلْزِمُهُ أَنْ يَكْتَسِبَ ، وَإِنْ عَجَزَ عَنْهُ لَزِمَهُ السُّؤَالُ ، فَإِنْ تَرَكَ السُّؤَالَ حَتَّى مَاتَ أُمِّمٌ ،

قال (وغسل اليدين قبله وبعده) قال عليه الصلاة والسلام « الوضوء قبل الطعام ينفي الفقر وبعده ينفي الهم » والمراد بالوضوء هنا غسل اليدين ، والأدب أن يبدأ بالشباب قبله وبالشيوخ بعده ، ولا يمسح يده قبل الطعام بالمنديل ليكون أثر الغسل باقيا وقت الأكل ، ويمسحها بعده ليزول أثر الطعام بالكلية . قال (ويستحبُّ اخْتِاذُ الْأَوْجِيَةِ لنقل الماء إلى البيوت) لحاجة الوضوء والشرب للنساء لأنهن حورة وقد نهين عن الخروج ، قال تعالى - وقرن في بيوتكن - فيلزم الزوج ذلك كسائر حاجاتها . قال (واختاذها من الخزف أفضل) إذ لا سرف فيه ولا خيلة . وفي الحديث « من اتخذ أواني بيته خزفا زارته الملائكة ، ويجوز اخْتِاذُهَا مِنْ نَحَاسٍ أَوْ رصاصٍ أَوْ شَبَهٍ أَوْ أَدَمٍ ، ولا يجوز من الذهب والفضة لما مر . قال (وينفق على نفسه وعياله بلا سرف ولا تقير) ولا يتكلف لتحصيل جميع شوائهم ، ولا يمنعهم جميعها ويتوسط ، قال تعالى - والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما - ولا يستديم الشيع ، قال عليه الصلاة والسلام « أجوع يوما وأشبع يوما » . فالحاصل أنه يحرم على المسلم الإفساد لما اكتسبه والسرف والخيلة فيه ، قال الله تعالى - ولا تبغ الفساد في الأرض - وقال - - والله لا يحب الفساد - . وقال - ولا تسرفوا إنه لا يحب المسرفين - وقال - ولا تبدر تبذيرا إن المبشرين كانوا إخوان الشياطين - . قال (ومن اشتدَّ جوعه حَتَّى عَجَزَ عَنْ طَلَبِ الْقَوْتِ ففرض على كلِّ من علم به أن يطعمه أَوْ يَدُلَّ عَلَيْهِ مَنْ يطعمه) صونا له عن الهلاك ، فإن امتنعوا من ذلك حَتَّى مَاتَ اشتركوا في الإثم ، قال عليه الصلاة والسلام « ما آمن بالله من بات شيعة وجاره إلى جنبه طار » وقال عليه الصلاة والسلام « أيما رجل مات ضياعا بين أقوام أغنياء فقد برئت منهم ذمة الله وذمة رسوله » وإن أطعمه واحد سقط عن الباقي ، وكلنا إذا رأى لقيطا أشرف على الهلاك أو أعمى كاد أن يتردى في البئر وصار هذا كأنجاء الغريق . قال (فإن قدر على الكسب يلزمه أن يكتسب) لما بينا (وإن عجز عنه لزمه السُّؤَالُ) فاته نوع اكتساب لكن لا يحل إلا عند العجز ، قال عليه الصلاة والسلام « السُّؤَالُ آخرُ كسب العبد » (فإن ترك السُّؤَالَ حَتَّى مَاتَ أُمِّمٌ) لأنه أتى بنفسه إلى الهلكة ، فإن السُّؤَالَ يوصله إلى ما يقوم به نفسه

وَمَنْ كَانَ لَهُ قُوَّةٌ يَوْمَهُ لَا يَجِلُّ لَهُ السُّؤَالُ ، وَيُكْرَهُ إعطاءُ سُؤَالِ الْمَسَاجِدِ
وَإِنْ كَانَ لَا يَتَخَطَّى النَّاسَ وَلَا يَمْشِي بَيْنَ يَدَيِ الْمُصَلِّينَ لَا يَكْرَهُهُ ؛ وَلَا يَجُوزُ
قَبُولُ هَدِيَّةِ أَمْرَاءِ الْجُحُورِ ، إِلَّا إِذَا عَلِمَ أَنَّ أَكْثَرَ مَا لَهُ حَلَالٌ ، وَوَلِيْمَةُ
الْعُرْسِ سُنَّةٌ ، وَيَنْبَغِي لِمَنْ دُعِيَ أَنْ يُجِيبَ ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ أَثِمَ ، وَلَا يَرْفَعُ
مِنْهَا شَيْئًا ، وَلَا يُعْطَى سَائِلًا إِلَّا بِإِذْنِ صَاحِبِهَا ؛ وَمَنْ دُعِيَ إِلَى وَبِئْمَةٍ عَلَيْهَا
كَلِمَاتٌ عَرَفَ بِهَا لَا يُجِيبُ ،

في هذه الحالة كاللکسب ، ولا ذل في السؤال في هذه الحالة ، فقد أخبر الله تعالى عن
موسى وصاحبه أنهما أتيا أهل قرية استطعما أهلها . وقال عليه الصلاة والسلام لرجل من
أصحابه « هل عندك شيء فأكله ؟ » . قال (ومن كان له قوت يومه لا يجل له السؤال)
لقوله عليه الصلاة والسلام « من سأل الناس وهو غني عما يسأل جاء يوم القيامة ومسألته
خلل أو خوخ أو كدوح في وجهه » ولأنه أذل نفسه من غير ضرورة وأنه حرام .
قال عليه الصلاة والسلام « لا يجل للمسلم أن يذل نفسه » . قال (ويكره إعطاء سؤال
المسجد) فقد جاء في الأثر : ينادى يوم القيامة ليقيم بغض الله ، فيقوم سؤال المسجد
(وإن كان لا يتخطى الناس ولا يمشي بين يدي المصلين لا يكره) وهو المختار ، فقد روى
أنهم كانوا يسألون في المسجد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى روى أن عليا
رضي الله عنه تصدق بجماعته في الصلاة فدحه الله تعالى بقوله - ويؤتون الزكاة وهم راكعون -
وإن كان يمر بين يدي المصل ويخطى رقاب الناس يكرهه ، لأنه إهانة على أذى الناس
حق . قيل : هذا فلس يكفره سبعون فلسا . قال (ولا يجوز قبول هدية أمراء الجهور) لأن
الغالب في ما لهم الحرمه . قال (إلا إذا علم أن أكثر ما له حلال) بأن كان صاحب تجارة
أو زرع فلا بأس به ، لأن أموال الناس لا تخلو عن قليل حرام والمعتبر الغالب ، وكذلك
أكل طعامهم . قال (ووليمة العرس سنة) قديمة وفيها مثوبة عظيمة ، قال عليه الصلاة
والسلام « أولم ولو بشاة » وهي إذا بنى الرجل بامرأته أن يدعو الجيران والأقرباء والأصدقاء
ويُدبج لهم ويصنع لهم طعاما (وينبغي لمن دعي أن يجيب ، وإن لم يفعل أثم) لقوله عليه
الصلاة والسلام « من لم يجيب الدعوة فقد عصى الله ورسوله » فإن كان صائما أجاب ودعا ،
وإن لم يكن صائما أكل ودعا ، وإن لم يأكل أثم وجفا لأنه استهزأ بالمضيف ، وقال عليه
الصلاة والسلام « لو دعيت إلى كراع (١) لأجبت » . قال (ولا يرفع منها شيئا ولا
يعطى سائلا إلا بإذن صاحبها) لأنه إنما أذن له في الأكل دون الرفع والإعطاء . قال
(ومن دعي إلى وليمة عليها هو وإن علم به لا يجيب) لأنه لم يلزمه حق الإجابة .

وإن لم يعلم حتى حضر إن كان يقدر على متعمهم ففعل ، وإن لم يقدر فإن كان اللهو على المائدة لا يقعد ، وإن لم يكن على المائدة ، فإن كان مقتدى به لا يقعد ، وإن لم يكن مقتدى به فلا بأس بالقعود .

فصل

الكسوة : منها فرض ، وهو ما يستر العورة ويدفع الحر والبرد ، وينبغي أن يكون من القطن أو الكتان بين النقيس والدنيء ، ومستحب ، وهو ستر العورة ، وأخذ الزينة :

(وإن لم يعلم حتى حضر إن كان يقدر على متعمهم فعل) لأنه نهى عن منكر (وإن لم يقدر ، فإن كان اللهو على المائدة لا يقعد) لأن استباح اللهو حرام والإجابة سنة ، والامتناع عن الحرام أولى من الإتيان بالسنة (وإن لم يكن على المائدة ، فإن كان مقتدى به لا يقعد) لأن فيه شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين ، وما روى عن أبي حنيفة أنه قال : ابتليت بهذا مرة فصبرت كان قبل أن يصير مقتدى به (وإن لم يكن مقتدى به فلا بأس بالقعود) وصار كثييع الجنابة إذا كان معها نياحة لا يترك التشيع والصلاة عليها لما عندها من النياحة كلها .

فصل

(الكسوة : منها فرض ، وهو ما يستر العورة ويدفع الحر والبرد) قال تعالى - خلوا زينتكم عند كل مسجد - : أى ما يستر عوراتكم عند الصلاة ، ولأنه لا يقدر على أداء الصلاة إلا بستر العورة وخلفه لا يحتمل الحر والبرد فيحتاج إلى دفع ذلك بالكسوة فصار نظير الطعام والشراب فكان فرضاً (وينبغي أن يكون من القطن أو الكتان) هو المأثور وهو أبعد عن الخيلاء ، وينبغي أن يكون (بين النقيس والدنيء) لئلا يحقر في الدنيا ، ويأخذ الخيلاء في النقيس . وعن النبي عليه الصلاة والسلام « أنه نهى عن الشترتين » وهو ما كان في نهاية الفحاسة ، وما كان في نهاية الخساسة ، وغير الأمور أوساطها ، وينبغي أن يلبس الضيل في عامة الأوقات ولا يتكلف الجليد . قال عليه الصلاة والسلام « البذاذة من الإيمان » وهى رثاء الهيئة ، ومراده التواضع في اللباس وترك التبعج به : (ومستحب : وهو ستر العورة وأخذ الزينة) قال عليه الصلاة والسلام « إن الله يحب »

وَمُبَاحٌ ، وَهُوَ الثَّوْبُ الْجَمِيلُ لِتَزِينِ بِهِ فِي الْجُمُعِ وَالْأَعْيَادِ وَجَمَاعِ النَّاسِ .
وَمَكْرُوهٌ ، وَهُوَ اللَّبْسُ لِلتَّكْبِيرِ وَالْخُفْيَةِ . وَيُسْتَحَبُّ الْأَبْيَضُ مِنَ الثِّيَابِ ،
وَيُكْرَهُ الْأَحْمَرُ وَالْمَعْصَرُ . وَالسُّنَّةُ : إِرْخَاءُ طَرَفِ الْعِمَامَةِ بَيْنَ كَتِفَيْهِ ،
وَإِذَا أَرَادَ أَنْ يُعَدِّدَ لَهَا نَقَضَهَا كَمَا لَفَّهَا .

فصل

الْكَلَامُ مِنْهُ مَا يُوجِبُ اجْرَاءً كَالْتَسْبِيحِ وَالتَّحْمِيدِ ، وَقِرَاءَةِ الْقُرْآنِ ،
وَالْأَحَادِيثِ النَّبَوِيَّةِ وَعِلْمِ الْفِقْهِ .

أَنْ يَرَى أَثَرَنِمَا عَلَى عِبَادِهِ . (ومباح : وهو الثوب الجميل للزين به في الجمع والأعياد
وجماع الناس) فقد روى أنه عليه الصلاة والسلام كان له جبة فثك (١) يلبسها يوم عيد ،
وأهدى له المقوقس قباء مكفوفاً بالحرير كان يلبسه للجمع والأعياد ولقاء الوفود ، إلا أن
في تكلف ذلك في جميع الأوقات صلفاً ومشقة ، وربما يغيظ المحتاجين فالتحرز عنه أولى .
(ومكرهه : وهو اللبس للتكبر ، الخلاء) لما بينا ، ولقوله عليه الصلاة والسلام للمقداد
ابن معديكوب : كل والبس واشرب من غير حيلة . (ويستحب الأبيض من الثياب)
لقوله عليه الصلاة والسلام : خير ثيابكم الأبيض ، وقال عليه الصلاة والسلام : إن الله تعالى
يحب الثياب الأبيض ، وإنه خلق الجنة يفضاء . (ويكره الأحمر والمعصر) ولا يظهر بين
جبتين أو أكثر في الشتاء إذا وقع الاكتفاء بلون ذلك لأنه يغيظ المحتاجين ، وفيه تجبر .
وكان عمر رضي الله عنه لا يلبس إلا الخشن ؛ واختيار الخشن أولى في الشتاء لأنه أدفع للبرد ،
واللين في الصيف فإنه أنشفت للعرق ، وإن لبس اللين في الوقيين لأبأس به ، قال تعالى
- قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده - . (والسنة : إِرْخَاءُ طَرَفِ الْعِمَامَةِ بَيْنَ كَتِفَيْهِ)
هكذا فعله عليه الصلاة والسلام ، ثم قيل قدر شبر ، وقيل إلى وسط الظهر ، وقيل إلى
موضع الجلوس (وإذا أراد أن يعدد لها نقضها كمل لها) ولا يلقيا على الأرض دفعة
واحدة ، هكذا نقل من فعله صلى الله عليه وسلم .

فصل

(الكلام : منه ما يوجب اجراء كالتسبيح والتحميد وقراءة القرآن والأحاديث النبوية .
وعلم الفقه) قال تعالى - والذاكرين الله كثيراً والذاكرات أعد الله لهم مغفرة وأجراً عظيماً -

(١) قال في غنار الصحاح : الفثك : ما يتخذ منه القرو .

وَقَدْ يَأْتُمُ بِهِ إِذَا فَعَلَهُ فِي مَجْلِسِ الْفِسْقِ وَهُوَ يَعْمَلُهُ ، وَإِنْ سَبَّحَ فِيهِ
لِلْإِعْتِبَارِ وَالْإِنْكَارِ ، وَلِيَسْتَفْتِلُوا عَمَّا هُمْ فِيهِ مِنَ الْفِسْقِ فَحَسَنٌ . وَيُكْرَهُ
فِعْلُهُ لِلتَّاجِرِ عِنْدَ قُتْحِ مَتَاعِهِ ، وَيُكْرَهُ التَّرْجِيحُ بِقِرَاءَةِ الْقُرْآنِ وَالِاسْتِغَاةِ
إِلَيْهِ .

والآيات والأحاديث كثيرة في ذلك (وقد يَأْتُمُ بِهِ إِذَا فَعَلَهُ فِي مَجْلِسِ الْفِسْقِ وَهُوَ يَعْمَلُهُ)
لما فيه من الاستهزاء والمخالفة لموجبه (وإن سبَّحَ فِيهِ لِلْإِعْتِبَارِ وَالْإِنْكَارِ ، وَلِيَسْتَفْتِلُوا عَمَّا هُمْ
فِيهِ مِنَ الْفِسْقِ فَحَسَنٌ) وكذا من سبَّحَ فِي السُّوقِ بِنِيَّةِ أَنْ النَّاسَ غَافِلُونَ مُشْتَغِلُونَ بِأُمُورِ الدُّنْيَا
وهو مُشْتَغِلٌ بِالتَّسْبِيحِ ، وهو أَفْضَلُ مِنْ تَسْبِيحِهِ وَحْدَهُ فِي غَيْرِ السُّوقِ ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ
وَالسَّلَامُ « ذَاكَرَ اللَّهِ فِي الْغَافِلِينَ كَالْمُجَاهِدِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ » . قَالَ (وَيُكْرَهُ فِعْلُهُ لِلتَّاجِرِ عِنْدَ
قُتْحِ مَتَاعِهِ) وكذلك الْفَقَاهِيُّ (١) عِنْدَ فَتْحِ الْفَقَاحِ يَقُولُ : لِإِلَهِ إِلَّا اللَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَى مُحَمَّدٍ
فَإِنَّهُ يَأْتُمُ بِهَذَا لِأَنَّهُ يَأْخُذُ لِدَلَالَتِهِ ، بِخِلَافِ الْغَازِي أَوْ الْعَالِمِ إِذَا كَبَّرَ عِنْدَ الْمُبَارَزَةِ وَفِي
مَجْلِسِ الْعِلْمِ لِأَنَّهُ يَقْصِدُ بِهِ التَّضَخُّيمَ وَالتَّعْظِيمَ وَإِشْعَارَ شُعَائِرِ الدِّينِ . قَالَ (وَيُكْرَهُ التَّرْجِيحُ
بِقِرَاءَةِ الْقُرْآنِ وَالِاسْتِغَاةِ إِلَيْهِ) لِأَنَّهُ تَشْبَهُ بِفِعْلِ الْقِسْفَةِ حَالِ فَسْقِهِمْ وَهُوَ التَّغْيِي وَلَمْ يَكُنْ هَذَا
فِي الْإِبْتِدَاءِ ، وَلِهَذَا كَرِهَ فِي الْأَذَانِ ، وَقِيلَ لِأَبَسَ بِهِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « زِينُوا
لِلْقُرْآنِ بِأَصْوَاتِكُمْ » وَعَنِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ كَرِهَ رَفْعَ الصَّوْتِ عِنْدَ قِرَاءَةِ الْقُرْآنِ
وَالْجَنَازَةِ وَالزُّجُفَ وَالتَّذْكِيرَ : أَيْ الْوَعْظَ ، فَمَا ظَنُّكَ بِهِ عِنْدَ اسْتِغَاةِ الْغَنَاءِ الْحَرَمِ الَّذِي
يُسَمُّونَهُ وَجِدًا ؟ وَكَرِهَ أَبُو حَنِيفَةَ قِرَاءَةَ الْقُرْآنِ عِنْدَ الْقُبُورِ لِأَنَّهُ لَمْ يَصِبْ عِنْدَهُ فِي ذَلِكَ شَيْءٌ
عَنِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ، وَلَا يُكْرَهُهُ مُحَمَّدٌ ، وَبِهِ نَأْخُذُ لِمَا فِيهِ مِنَ النُّفْعِ لِلْمَيِّتِ
لِوُرُودِ الْآثَارِ بِقِرَاءَةِ آيَةِ الْكُرْسِيِّ وَسُورَةِ الْإِخْلَاصِ وَالْفَاتِحَةِ وَغَيْرِ ذَلِكَ عِنْدَ الْقُبُورِ .
وَمَذْهَبُ أَهْلِ السُّنَّةِ وَالْجَمَاعَةِ أَنَّ الْإِنْسَانَ أَنْ يَحْمِلَ ثَوَابَ عَمَلِهِ لغيرِهِ وَيَصِلَ لِحَدِيثِ الْجَنَّةِ
وَقَدْ مَرَّ فِي الْحَجِّ ، وَلَمَّا رَوَى « أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ضَمَّى بِكَبْشَيْنِ أَمْلَحَيْنِ أَحَدَهُمَا عَنْ
نَفْسِهِ وَالْآخَرَ عَنْ أُمِّهِ » أَيْ جَمَعَ ثَوَابَهُ عَنْ أُمِّهِ . وَرَوَى « أَنَّ رَجُلًا قَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ
إِنْ أُمِّي افْتَلَتْ نَفْسَهَا فَهَلْ لَهَا أَجْرٌ إِنْ تَصَدَّقْتُ عَنْهَا ؟ قَالَ : نَعَمْ وَلَكِ » وَرَفَعَتْ امْرَأَةٌ
صَبِيهَا وَقَالَتْ : يَا رَسُولَ اللَّهِ أَلَمْ يَحْيَ ؟ قَالَ : نَعَمْ وَلَكِ أَجْرٌ . وَالْآثَارُ فِيهِ كَثِيرَةٌ ،
وَمَنْعَ بَعْضِهِمْ مِنْ ذَلِكَ وَقَالَ : لَا يَصِلُ مَتَسْكًا بِقَوْلِهِ تَعَالَى .. وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى ..
وَبِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « إِذَا مَاتَ ابْنُ آدَمَ انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ » الْحَدِيثِ .
الْجَوَابُ عَنِ الْآيَةِ مِنْ وَجْهِهِ : أَحَدُهَا : أَنَّهَا سَبَقَتْ عَلَى قَوْلِهِ - أَمْ لَمْ يَبْنَأْ بِمَا فِي حِصْفِ مُوسَى

(١) قَوْلُهُ الْفَقَاهِيُّ ، قَالَ فِي الْمُنْتَجَدِ : الْفَقَاهِيُّ : بَاطِلُ الْفَقَاحِ . وَالْفَقَاحُ : الشَّرَابُ يَنْخُلُ
مِنَ الشَّعِيرِ ، مَعْنَى بِهِ لِمَا يَمْلُوهُ مِنَ الزَّبَدِ .

وَمِنْهُ مَا لَا أَجْرَ فِيهِ وَلَا وَزَرَ كَقَوْلِكَ : قُمْ وَأَقْعُدْ ، وَأَكَلْتُ وَشَرِبْتُ وَنَحَوِهِ . وَمِنْهُ مَا يُوجِبُ الْإِثْمَ كَالْكَذِبِ وَالنَّمِيمَةِ وَالغِيَةِ وَالشَّتِيمَةِ ، ثُمَّ الْكَذِبُ مَحْظُورٌ إِلَّا فِي الْقِتَالِ لِلْخُدْعَةِ ، وَفِي الصُّلْحِ بَيْنَ اثْنَيْنِ ، وَفِي إِرْضَاءِ الرَّجُلِ الْأَهْلَ ، وَفِي دَفْعِ الظُّلْمِ عَنِ الظُّلْمِ . وَيُكْرَهُ التَّعْرِيفُ بِالْكَذِبِ إِلَّا الْحَاجَةَ ؛

وإبراهيم الذي وفي - فيكون إخبارا عما في شريعتهما فلا يلزمنا ، كيف وقد روينا عن نبينا عليه الصلاة والسلام خلافا ؟ . قال علي رضي الله عنه : هذا لقوم إبراهيم وموسى ، وأما هذه الأمة لهم ما سعوا وسعى لهم . الثاني أنها منسوخة بقوله تعالى - ألحقنا بهم ذريرهم - أدخل النرية الجنة بصلاح الآباء ، قاله ابن عباس . الثالث قال الربيع بن أنس : المراد بالإنسان هنا الكافر ، أما المؤمن له أجر ماسعى وسعى له . الرابع تجعل اللام بمعنى على وأنه جائز . قال : فخر صريعا للبدن وللقم ، فيصير كأنه قال : وأن ليس على الإنسان إلا ماسعى فيحمل عليه توفيقا بين الآية والأحاديث ، ولأنه معنى صحيح لا خلاف فيه ولا يدخله التخصيص . الخامس أنه سعى في جعل ثواب عمله لغیره فيكون له ماسعى عملا بالآية . السادس أن السعى أنواع : منها بفعله وقوله ، ومنها بسبب قرابته ، ومنها بصدقه سعى في خلته ، ومنها بما يسعى فيه من أعمال الخير والصلاح وأمور الدين التي يحبه الناس بسببها فيدعون له ويجعلون له ثواب عملهم وكل ذلك بسبب سعيه ، فقد قلنا بموجب الآية فلا يكون حجة علينا . وأما الحديث فانه يقتضى انقطاع عمله ولا كلام فيه إنما الكلام في وصول ثواب عمل غيره إليه ، والحديث لا ينفيه ، على أن الناس عن آخرهم قد استحسنوا ذلك فيكون حسنا بالحديث . قال (ومنه ما لا أجر فيه ولا وزر كقوله : قم واقعد وأكلت وشربت ونحوه) لأنه ليس بعبادة ولا معصية ، ثم قيل لا يكتب لأنه لا أجر عليه ولا عقاب . وعن محمد ما يلد عليه ، فقد روى عن هشام عن عكرمة عن ابن عباس أنه قال : إن الملائكة لا تكتب إلا ما كان فيه أجر أو وزر ، وقيل يكتب لقوله تعالى - ونكتب ما قدّموا وآثارهم - الآية ، ثم يحى ما لاجزاء فيه ويبقى ما فيه جزاء ، ثم قيل يحى في كل اثنين وخميس وفيهما تعرض الأعمال . والأكثر على أنها تحى يوم القيامة . قال (ومنه ما يوجب الإثم كالكذب والنميمة والغيبة والشتم) لأن كل ذلك معصية حرام بالنقل والعقل (ثم الكذب محظور إلا في القتال للخدعة ، وفي الصلح بين اثنين ، وفي إرضاء الرجل الأهل ، وفي دفع الظلم عن الظلم) لقوله عليه الصلاة والسلام « لا يصلح الكذب إلا في ثلاث : في الصلح بين اثنين ، وفي القتال ، وفي إرضاء الرجل أهله ، ودفع الظلم عن الظلم من باب الصلح . قال (ويكره التعريض بالكذب إلا للحاجة)

وَلَا غِيْبَةَ لِيُظْلِمَ يُؤْذِي النَّاسَ يَقُولُهُ وَقِيلَهُ ، وَلَا إِيْمَ فِي السَّعْيِ بِهِ إِلَى السُّلْطَانِ لِيَزْجِرَهُ . وَلَا غِيْبَةَ إِلَّا لِمَعْلُومِينَ ، فَلَوْ اغْتَابَ أَهْلَ قَرْيَةٍ فَلَيْسَ بِغِيْبَةٍ ، وَإِذَا أَدَّى الْفَرَاغُ وَأَحَبُّ أَنْ يَتَنَعَّمَ . يَمُنْظَرُ حَسَنَ وَجْوَارٍ جَمِيلَةٍ فَلَا بَأْسَ بِهِ ، وَمَنْ قَنَعَ بِأَدْنَى الْكِفَايَةِ ، وَصَرَفَ الْبَاقِيَ إِلَى مَا يَنْفَعُهُ فِي الْآخِرَةِ فَهُوَ أَوْلَى .

كقولك لرجل كل ، فيقول أكلت : يعنى أمس فلا بأس به لأنه صادق في قصده . وقيل يكره لأنه كذب في الظاهر . قال (ولا غيبة لظلم يؤذي الناس بقوله وفعله) قال عليه الصلاة والسلام «الذكر والفاجر بما فيه لكي تحلوه الناس» (ولا إيم في السعي به إلى السلطان ليزجره) لأنه من باب النهي عن المنكر ومنع الظلم . قال (ولا غيبة إلا لمعلومين ، فلو اغتاب أهل قرية فليس بغيبة) لأن المراد مجهول فصار كالقذف ، وكره محمد لإرخاء السر على البيت لأنه نوع تكبر وفيه زينة ، ولا بأس بستر حيطان البيت بالبود ونحوه لدفع البرد لأن فيه منفعة ، ويكره للزينة وقد مر . قال (وإذا أدّى الفرائض وأحب أن يتنعم بمنظر حسن وجوار جميلة فلا بأس به) فإن النبي عليه الصلاة والسلام تسرى مارية أم إبراهيم مع ما كان عنده من الحرائر ، وعلى رضي الله عنه استولد محمد بن الحنفية مع ما كان عنده من الحرائر ، والأصل فيه قوله تعالى - قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده - الآية . قال (ومن قنع بأدنى الكفاية وصرف الباقي إلى ما ينفعه في الآخرة فهو أولى) لأن ما عند الله خير وأبقى .

واعلم أن الاقتصاد على أدنى ما يكفيه عزيمة وما زاد عليه من التمتع ونيل اللذات رخصة وقد قال عليه الصلاة والسلام « إن الله تعالى يحب أن تؤتى رخصة كما يحب أن تؤتى عزائمه » وقال عليه الصلاة والسلام « بعثت بالحنيفية السهلة السمحة ولم أبعث الرهبانية الصعبة » وفي الحديث « لا يزول قدام عبد يوم القيامة حتى يسأل عن أربعة : عن عمره فيما أفناه ، وعن شبابه فيما أبلاه ، وعن ماله من أين اكتسبه وفيما ذا صرفه ؟ » والذي يجب على المسلم أن يتمسك بمخصل : منها التحرز عن ارتكاب القواحش ما ظهر منها وما بطن ؛ ومنها المحافظة على أداء الفرائض في أوقاتها بواجباتها ثامة كما أمر بها ، ومنها التحرز عن السحت واكتساب المال من غير حله . ومنها التحرز عن ظلم كل مسلم أو معاهد ، وما عدا ذلك فقد وسع الله تعالى علينا الأمر فيه ، فلا نقصيه علينا ولا على أحد من المسلمين . وفي الحديث « أن النبي عليه الصلاة والسلام وعظ الناس يوما وذكر القيامة ، فرق له الناس وبكوا ، فاجمع عشرة في بيت عثمان بن مظعون ، وهم أبو بكر وعلي وابن مسعود وابن عمر وعبد الله بن عمرو بن العاص وأبو ذر وسالم مولى أبي حذيفة والمقداد وسلمان الفارسي ومعتل بن مقرن ،

واتفقوا على أن يهربوا ويحبوا هذا كبرهم ولبسوا المسوح ويصوموا الدهر ويقوموا الليل ولا يناموا على الفرش ولا يأكلوا اللحم والودك ولا يقربوا النساء والطيب ويسبحوا في الأرض ، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لهم : ألم أنبا أنكم اتفقتم على كذا وكذا ؟ قالوا : بلى وما أردناه إلا خيرا ، فقال عليه الصلاة والسلام : إني لم أمر بذلك ، ثم قال : إن لأنفسكم عليكم حقا فصوموا وأفطروا وقوموا وناموا ، فإني أقوم وأناام وأصوم وأفطر وآكل اللحم والدم وآتي النساء ، فمن رغب عن سنتي فليس مني . ثم خطب فقال « ما بال أقوام حرّموا النساء والطعام والطيب والنوم وشهوات الدنيا ، أما إني لست آمركم أن تكونوا قسيسين وراهبانا ، فإنه ليس في ديني ترك اللحم والنساء ولا اتخاذ الصوامع ، فإن سباحة أمي الصوم ، ورهانيتهم الجهاد ، اعبوا الله ولا تشرکوا به شيئا ، وحبوا واحتمروا ، وأقيموا الصلاة ، وآتوا الزكاة ، وصوموا رمضان ، واستقيموا يستقيم لكم ، فإما هلك من كان قبلكم بالتشديد ، شدّدوا على أنفسهم فشدد الله عليهم ، ونزل قوله تعالى - يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم - إلى قوله - واتقوا الله الذي أنتم به مؤمنون - » .

ثم الجزء الرابع من « الاختيار لتحليل المختار »

وليه :

الجزء الخامس ، وأوله : كتاب الصيد

فهرس

الجزء الرابع من الاختيار لتلليل المختار

صفحة	صفحة
٥٤ فصل فيمن حلف لا يفعل شيئا فأمر غيره بفعله	٣ باب النفقة
٥٧ فصل فيمن حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لا يسه فزعه في الحال	٨ فصل وللمطلقة النفقة والكنى في عدتها بالثا كان أو رجيا
٦٢ فصل في الحين والزمان في التعريف والتكثير	١٠ فصل نفقة الأولاد الصغار على الأب إذا كانوا فقراء
٦٣ فصل في الحلف على حنطة أو خبز أو شواء أو نحو ذلك	١٤ فصل في الحضانة
٦٩ فصل فيمن حلف ليصمدن السماء ونحوه	١٧ كتاب العتق
٧٢ فصل فيمن حلف لا يصوم فتوى وصام ساعة	٢١ فصل من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه
٧٦ فصل في التلوي	٢٣ فصل من أعتق بعض عبده عتق
٧٩ كتاب الحدود	٢٨ باب التدبير
٨٤ فصل في بيان حد الزاني	٣٠ باب الاستيلاء
٨٩ فصل في حكم من وطئ جلوية ولده	٣٥ كتاب المكاتب
٩٣ باب حد القذف	٣٨ فصل في الكتابة الفاسدة وأحكامها
٩٦ حكم القذف بغير الزنا	٤٠ فصل في حكم مالمو كاتب عبده كتابة واحدة
٩٧ باب حد الشرب	٤١ فصل في حكم موت المكاتب قبل أذانه نجوم كتابته
٩٩ كتاب الأشربة ، وأنواعها ، وبيان الحرم منها	٤٢ كتاب الولاء ، وأنواعه ، وسبب كل نوع منها ، وأحكامه
١٠٢ كتاب السرقة ، وحقيقتها ، وحلها	٥٠ كتاب الأيمان
	٤٩ فصل في بيان حروف القسم ، وفيما يكون به اليمين

صيفة	صيفة
١٤٢ فصل في حكم أرض العرب	١٠٧ فصل فيما لا قطع فيه وما فيه قطع
١٤٥ فصل في الردة ، وأحكام المرتد	١٠٩ فصل في بيان محل القطع
١٥٠ فصل فيما يصير به الكافر مسلماً	١١٤ فصل في حكم قطاع الطريق
١٥١ فصل في الخوارج والبيعة	١١٧ كتاب السير
١٥٣ كتاب الكراهية	١٢٠ فصل إذا كان للمسلمين قوة
١٥٧ فصل فيما يحل للنساء وما يحل للرجال	لا ينبغي لهم موادة أهل الحرب
١٦٠ فصل في الاحتكار	١٢١ حكم موادة المسلمين أهل الحرب
١٦٣ فصل في مسائل مختلفة.	(المدة)
١٦٧ فصل في آداب ينبغي للمؤمن أن يحافظ عليها	١٢٢ فصل في الأمان
١٦٨ فصل في المسبقة والرى	١٢٤ فصل فيما يجوز لإمام المسلمين إذا فتح بلداً عنوة
١٧٠ فصل في الكسب وأنواعه	١٢٦ فصل في الغنيمة وقسمتها
١٧٧ فصل في بيان الفرض والمستحب والمباح والمكروه من الكسوة	١٢٨ فصل فيما ينبغي للإمام أن يفعله حين دخوله دار الحرب
١٧٨ فصل تقسيم الكلام إلى ما يوجب أجراً وإلى ما يوجب الإثم	١٣٣ فصل في حكم أموالنا إذا استولى عليها الكفار وأحرزوها بدارهم
	١٣٦ فصل فيما يفعله الإمام مع الحربى إذا دخل دارنا بأمان

الأختيار لتعليق المختار

تأليف

عبد الله بن محمود بن مودود

الموصل الحنفى

وعليه تعليقات لفضيلة المرحوم

الشيخ محمود أبو دقبة

من أكابر علماء الحنفية والمدرس بكلية أصول الدين سابقا

الجزء الخامس

مَنْ يُرِدِ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ
[حديث شريف]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الصيد

وَهُوَ جَائِزٌ بِالْجَوَارِحِ الْمُعَلَّمَةِ وَالسَّهَامِ الْمُحَدَّذَةِ لِمَا يَحِلُّ أَكْلُهُ لِأَكْلِهِ
وَمَا لَا يَحِلُّ أَكْلُهُ لِحِلِّهِ وَشَعْرِهِ ، وَالْجَوَارِحُ ذُو نَابٍ مِنَ السَّبَاعِ وَذُو
غُلَبٍ مِنَ الطَّيْرِ ،

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الصيد

وهو مصدر صاد يصيد وينطلق على المقول ، يقال : صيد الأمير ، وصيد كثير ،
ويراد به المصيد ، وينشد : « صيد الملك أرائب وثمانب » . ومثله الخلق والعلم ينطلق على
المخلوق والمعلوم . قال تعالى « هذا خلق الله » أى مخلوقه ، ولهذا قلنا إذا قال : وعلم الله
لا يكون يمينا لأن المراد معلومه .

قال (وهو جائز بالجوارح المعلمة والسهم المحدّذ لما يحلّ أكله لأكله ، وما لا يحلّ
أكله لحلده وشعره) أما الجواز فلقوله تعالى - وإذا حلّتم فاصطادوا - وقوله - أحلّ لكم
صيد البحر - الآية . وقوله - أحلّ لكم الطييات وما علمتم من الجوارح مكلّين - . وقوله
عليه الصلاة والسلام « الصيد لمن أخذه » وقوله لعدي بن حاتم « إذا أرسلت كلبك المعلم
وذكرت اسم الله عليه فكل ، وإذا رميت سهمك وذكرت اسم الله عليه فكل » . قال
(والجوارح ذو ناب من السباع وذو غلب من الطير) وهو أن يكون يكتب بناه أو
غلبه ويمتنع به ، لأن المراد من قوله من الجوارح التى تجرح ، وقيل الكواصب . ومكّلين :

وَلَا بُدَّ لِيهِ مِنَ الْجُرْحِ ، وَكَوْنِ الْمُرْسِلِ أَوْ الرَّامِي مُسْلِمًا أَوْ كِتَابِيًّا ، وَذِكْرِ
اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى عِنْدَ الْإِرْسَالِ وَالرَّمْيِ ، وَأَنْ يَكُونَ الصَّيْدُ مُمْتَنِعًا ، وَلَا يَتَوَارَى
عَنْ بَصَرِهِ ، وَلَا يَقْعُدُ عَنْ طَلَبِهِ ، وَتَعْلِيمُ ذِي النَّابِ كَالْكَلْبِ وَنَحْوِهِ
تَرْكُ الْأَكْلِ ، وَذِي الْخَلْبِ كَالْبَازِي وَالصَّقْرَ وَنَحْوَهُمَا الْإِتْبَاعُ إِذَا أُرْسِلَ ،
وَالْإِجَابَةُ إِذَا دُعِيَ .

أَيُّ مُسْلِمَيْنِ ، وَاسْمِ الْكَلْبِ لَفْظٌ يَنْطَلِقُ عَلَى كُلِّ سَبْعٍ حَتَّى لِلْأَسَدِ ، فَيَجُوزُ الْأَصْطِيَادُ بِكُلِّ
ذِي نَابٍ مِنَ السَّبَاعِ لِعُمُومِ الْآيَةِ ، إِلَّا مَا كَانَ نَجَسَ الْعَيْنِ كَالْفُزَيْرِ ، لِأَنَّهُ لَا يَحِلُّ الْإِنْتِفَاعُ
بِهِ . وَلَا يَجُوزُ الْأَصْطِيَادُ بِالْأَسَدِ وَالذَّبِّ فَانْهَامَا لَا يَتَعَلَّمَانِ ، وَكَذَلِكَ الذَّبُّ حَتَّى لَوْ تَعَلَّمَا
جَازَ . وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي ابْنِ عَرَسَ : إِذَا عَلِمَ فَتَعَلَّمَ جَازَ . قَالَ (وَلَا بُدَّ فِيهِ مِنَ الْجُرْحِ
وَكَوْنِ الْمُرْسِلِ أَوْ الرَّامِي مُسْلِمًا أَوْ كِتَابِيًّا ، وَذِكْرُ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى عِنْدَ الْإِرْسَالِ وَالرَّمْيِ ، وَأَنْ
يَكُونَ الصَّيْدُ مُمْتَنِعًا ، وَلَا يَتَوَارَى عَنْ بَصَرِهِ ، وَلَا يَقْعُدُ عَنْ طَلَبِهِ) أَمَّا الْجُرْحُ لِيَتَحَقَّقَ اسْمُ
الْجُلُوحِ ، وَلِأَنَّهُ لَا بَدَّ مِنْ إِرَاقَةِ الدَّمِ كَالذِّكَاةِ الْإِخْتِيَارِيَّةِ ، فَلَوْ قَتَلَهُ صَدْمًا أَوْ جَبًّا أَوْ خَنْقًا
لَمْ يَوْكُلْ لِعَدَمِ الْجُرْحِ ، وَأَمَّا صِفَةُ الْمُرْسِلِ فَلِأَنَّهُ كَالذَّبِيجِ وَلَا يَجُوزُ ذَبْحُ غَيْرِهِمَا ، وَأَمَّا ذِكْرُ
اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى فَمَقُولُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « إِذَا أُرْسِلْتَ كَلْبُكَ وَذَكَرْتَ اسْمَ اللَّهِ فَكُلْ »
شَرْطُ الْقِسْمَةِ لِحُلِّ الْأَكْلِ ، وَأَمَّا كَوْنُهُ مُمْتَنِعًا فَلِأَنَّ الصَّيْدَ اسْمٌ لِلْمَمْتَنِعِ ، وَلِأَنَّ الْجُرْحَ إِنَّمَا
يَجْعَلُ ذِكَاةَ ضَرُورَةِ الْعَجْزِ عَنِ الذِّكَاةِ الْإِخْتِيَارِيَّةِ ، وَالْعَجْزُ إِنَّمَا يَكُونُ فِي الْمَمْتَنِعِ حَتَّى أَوْ رَمَى
ظَنِيًّا مَرِيضًا وَهُوَ يَظُنُّ أَنَّهُ صَيْدٌ فَأَصَابَ ظَنِيًّا آخَرَ لَمْ يَوْكُلْ ، لِأَنَّ بِالرَّبْطِ لَمْ يَبْقَ صَيْدًا ؛
وَلَوْ رَمَى بَعِيرًا نَادًا فَأَصَابَ صَيْدًا آخَرَ أَكَلَ لِأَنَّهُ لَمَّا نَدَّ صَارَ صَيْدًا ؛ وَقَوْلُهُ لَا يَتَوَارَى عَنْ
بَصَرِهِ وَلَا يَقْعُدُ عَنْ طَلَبِهِ ، فَانَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَرِهَ أَكْلَ الصَّيْدِ إِذَا غَابَ عَنِ الرَّأْيِ
وَقَالَ « لَعَلَّ هَوَامَّ الْأَرْضِ قَطَطَتْهُ » وَلِأَنَّ أَحْيَالَ الْمَوْتِ بِسَبَبِ آخِرٍ مَوْجُودٍ فَلَا يَحِلُّ بِهِ ،
وَالْمَوْهُومُ كَالْمُتَحَقِّقِ لِمَا مَرَّ ، إِلَّا أَنَّهُ سَقَطَ اعْتِبَارُهُ إِذَا لَمْ يَقْعُدْ عَنْ طَلَبِهِ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ الْإِحْتِرَازُ
عَنْهُ . وَفِي الْحَدِيثِ « كُلْ مَا أَصْنَيْتَ وَدَعْ مَا أَمْنَيْتَ » أَصْنَيْتَ الصَّيْدَ : إِذَا رَمَيْتَهُ فَتَقَاتَلَتْهُ
وَأَنْتَ تَرَاهُ ، وَقَدْ صَبَى الصَّيْدَ يَصْبَى : إِذَا مَاتَ وَأَنْتَ تَرَاهُ ، وَرَمَيْتَ الصَّيْدَ فَأَتَمَيْتَهُ إِذَا غَابَ
عَنْكَ ثُمَّ مَاتَ ، هَكَذَا فَسَّرَهُ صَاحِبُ الصَّحَاحِ . قَالَ (وَتَعْلِيمُ ذِي النَّابِ كَالْكَلْبِ وَنَحْوِهِ
تَرْكُ الْأَكْلِ ، وَذِي الْخَلْبِ كَالْبَازِي وَالصَّقْرَ وَنَحْوَهُمَا الْإِتْبَاعُ إِذَا أُرْسِلَ وَالْإِجَابَةُ إِذَا دُعِيَ)
رَوَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، وَلِأَنَّ التَّعْلِيمَ بِتَرْكِ الْمَادَّةِ الْأَصْلِيَّةِ ، وَعَادَةُ ذِي الْخَلْبِ الْغَفَارِ ،
غَاذًا أَجَابَ إِذَا دُعِيَ فَقَدْ تَرَكَ عَادَتَهُ وَصَارَ مَعْلَمًا ، وَعَادَةُ ذِي النَّابِ الْإِفْتِرَاسُ وَالْأَكْلُ ،
غَاذًا تَرَكَ الْأَكْلَ فَقَدْ تَرَكَ عَادَتَهُ فَصَارَ مَعْلَمًا ، وَلِأَنَّ التَّعْلِيمَ بِتَرْكِ الْأَكْلِ إِنَّمَا يَكُونُ بِالضَّرْبِ
حَالَةَ الْأَكْلِ وَجِثَّةَ الطَّيْرِ لَا تَحْتَمِلُ الضَّرْبَ ، أَمَّا الْكَلْبُ يَحْتَمِلُهُ فَأُمْكِنَ تَعْلِيمُهُ بِالضَّرْبِ

وَيُرْجَعُ فِي مَعْرِفَةِ التَّعْلِيمِ إِلَى أَهْلِ الْخَبِيرَةِ بِذَلِكَ ، وَلَا تَأْتِيَتْ فِيهِ ، فَإِنْ أَكَلَ أَوْ تَرَكَ الْإِجَابَةَ بَعْدَ الْحُكْمِ بِتَعْلِيمِهِ حُكْمٌ يَجْهَلُهُ وَحَرَمٌ (مِمَّا) مَا بَقِيَ مِنْ صَيْدِهِ قَبْلَ ذَلِكَ ، وَإِنْ تَرَكَ التَّسْمِيَةَ نَاسِيًا حَلًّا ، وَلَوْ رَمَى بِسَهْمٍ وَاحِدٍ صَيُودًا ، أَوْ أَرْسَلَ كَلْبَهُ عَلَى صَيُودٍ فَأَخَذَهَا أَوْ أَحَدَهَا ، أَوْ أَرْسَلَهُ إِلَى صَيْدٍ فَأَخَذَهُ غَيْرَهُ حَلًّا مَا دَامَ فِي جِهَةِ إِرْسَالِهِ ،

على ذلك ، والفهد ونحوه يحتمل الضرب وعادته الاقتراس والنفار ، فيشترط فيه ترك الأكل والإجابة جميعا . قال (ويرجع في معرفة التعليم إلى أهل الخبرة بذلك ولا تأتيت فيه) لأن المقادير لاتعرف اجتهدا بل سمعا ولا سمع فيفوض إلى أهل الخبرة به ، ولأن ذلك يختلف باختلاف طباعها . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قال : لا تأكل أول ما يصيده ولا الثاني وكل الثالث . وقال أبو يوسف ومحمد : إذا ترك الأكل ثلاث مرّات صار معلما ولا يؤكل الثالث ، لأن العلم لا يثبت بالترك مرة لاحتمال أنه تركه شيئا أو خوفا من الضرب فلا بدّ من المرّات وأقله ثلاثة لأنها لإبلاء الأعداء ، ولا يؤكل الثالث لأن بعدها حكنا بكونه عالما ، وعلى رواية الحسن يؤكل لأن بالثالثة علمنا أنه عالم فكان صيد جارحة معلمة فيؤكل . قال (فان أكل أو ترك الإجابة بعد الحكم بتعليمه حكم يجهله وحرم ما بقي من صيده قبل ذلك) وقالوا : لا يحرم إلا الذي أكل منه لأنها حكنا بحلّ صيده قبل ذلك بالاجتهاد فلا ينقض بالاجتهاد مثله . وله أن بالأكل علمنا جهله ، لأن الصيد خرفة قلما تنسى ، فلما أكل علمنا أنه لم يكن عالما فيحرم جميع ما صاده قبل ذلك لأنه صيد كلب غير معلم ، وتثبت الحرمة فيما بقي من صيده ، لأن ما أكل لم يبق علما للحكم ، والاجتهاد يترك بمثله قبل حصول المقصود وهو الأكل كاجتهاد القاضى إذا تبدّل قبل القضاء ، وما كان في المفازة من صيد فحرام بالإجماع . قال (وإن ترك التسمية ناسيا حلّا) لقوله عليه الصلاة والسلام « رفع عن أمي الخطأ والنسيان » الحديث . قال (ولورى بسهم واحد صيودا ، أو أرسل كلبه على صيود فأخذه أو أحدها ، أو أرسله إلى صيد فأخذ غيره حلّا ما دام في جهة إرساله) لأن المقصود به حصول الصيد والذبح يقع بالإرسال وهو فعل واحد فيمكن فيه بتسمية واحدة ، بخلاف من ذبح الشاتين بتسمية واحدة ، لأن الثانية مذبوحة بفعل آخر فلا بدّ من تسمية أخرى حتى لو أضحج إحداها فوق الأخرى وذبحهما مرة واحدة أجزاء تسمية واحدة ، ولأن الأخذ مضاف إلى الإرسال وفى تعيين المشار إليه نوع حرج فلا يعتبر تعيينه ، ولو أرسل الفهد فكأن حتى استمكن من الصيد فوثب عليه فقتله حلّا لأن ذلك من عادته ليتمكن من أخذ الصيد ، وكلما الكلب إذا تعود هذه العادة بمنزلة الفهد ، ولو عدل عن الصيد بمئة أو يسرة وتشاغل في غير طلب

وَكَلَّوْا أَرْسَلَهُ وَلَمْ يَسْمُ ثُمَّ زَجَرَهُ وَصَمَّى ، أَوْ أَرْسَلَهُ مُسْلِمٌ فَزَجَرَهُ بِجُحُوسٍ
أَوْ بِالْمَكْسَرِ ، فَالْمُعْتَبَرُ حَالَةُ الْإِرْسَالِ ، فَإِنْ أَكَلَ مِنْهُ الْكَلْبُ لَمْ يُوَكَّلْ ،
وَكَلَّوْا شَرِبَ دَمَهُ أَكَلَ ، وَكَلَّوْا أَخَذَ مِنْهُ قِطْعَةً فَرَمَاهَا ثُمَّ أَخَذَ الصَّيْدَ وَقَتَلَهُ
ثُمَّ أَكَلَ مَا أَتَقَاهُ أَكَلَ ، وَإِنْ أَكَلَ مِنْهُ الْبَازِي يُوَكَّلْ ، وَإِنْ أَذْرَكَهُ حَيًّا
لَا يَحِلُّ إِلَّا بِالتَّدْكِيَةِ وَكَذَلِكَ فِي الرَّمْيِ ،

الصيد وفتر عن سننه ثم أتبع صيدا فأخذه لم يؤكل لأنه غير مرسل ، والإرسال شرط بقوله
تعالى - مكلين - أى مسلطين ، فإن زجره صاحبه فأنزجر حل ، لأن الزجر كإرسال
مستأنف ، ولو انفلت فصاح به وصمى ، فإن أنزجر بصياحه حل ولا فلا . قال (ولو
أرسله ولم يسم ثم زجره وصمى ، أو أرسله مسلم فزجره بجوسى أو بالعكس ، فالمعتبر حالة
الإرسال) وكلنا لو أرسله مسلم فزجره مرتد أو محرم فأنزجر ، وكلنا لو ترك التسمية عامدا
ثم زجره مسلم وصمى لم يحل ، لأن الحكم مضاف إلى الإرسال الأول وبه تسلط وتكالب
وما بعده تقوية للإرسال وتحريض للكلب فيعتبر حالة الإرسال ، فإذا صدر صيححا لا ينقلب
فاسدا ، وإذا صدر فاسدا لا ينقلب صيححا بالزجر ، ولو أرسل كلبه المعلم فرد عليه الصيد
كلب غير معلم أو غير مرسل فأخذه الأول لم يؤكل ، ولو رده عليه آدمى أو دابة أو طير
أو مجوسى حل ، لأن أخذ الكلب ذبح حكما ولا يصلح أحد هؤلاء مشاركا إياه في الذبح ،
والكلب الجاهل يصلح مشاركا لأنه جارح بنفسه فاجتمع المبيع والحرم فيحرم كما لو مد
القوس مسلم ومجوسى فأصابا صيدا فاته يحرم ولو لم يردّه عليه ولكنه شدّ عليه وأتبع أثر
المرسل حتى قتله الأول أكل ، لأن الثاني عمرض لامشارك . قال (فإن أكل منه الكلب
لم يؤكل) لأنه غير معلم لما بينا ، ولقوله عليه الصلاة والسلام « فإن أكل منه فلا تأكل
فإنما أمسك على نفسه » (ولو شرب دمه أكل) لأن ذلك غاية التعليم (ولو أخذ منه قطعة
فرماها ثم أخذ الصيد وقتله ثم أكل ما أتقاه أكل) لأنه لم يبق صيدا ، حتى لو أكل من نفس
الصبيد في هذه الحالة لا يضره فهذا أولى . قال (فإن أكل منه البازي يؤكل) وقد مر . قال
(وإن أذركه حيا لا يحل إلا بالتدكية ، وكذلك في الرمي) لأنه قدر على الذكاة الاختيارية
فلا ينجزى الاضطرارية لاندفاع الضرورة وهذا إذا قدر على ذبحه ، فإن أذركه حيا ولم
يتمكن من ذبحه إما لفقداً له أو لضيق الوقت وفيه من الحياة فوق حياة المذبح لم يؤكل .
ومن أبى حنيفة وأبى يوسف أنه يؤكل إذا لم يقدر على الذكاة حقيقة فصار كالميتيم إذا
وجد الماء ولم يقدر على استعماله ، وجه الظاهر أنه لما قدر عليه وبه حياة لم يبق صيدا
فلا يحل إلا بالذكاة الاختيارية وهذا إذا كان بحال يتوهم حياته ، أما إذا بقى فيه من الحياة
مثل المذبح أو بقر بطنه وأخرج ما فيها ثم أخذه وبه حياة فانه يحل لأنه ميت حكما ،

وَإِنْ شَارَكَ كَلْبَهُ كَلْبٌ لَمْ يَذْكُرْ عَلَيْهِ اسْمُ اللَّهِ ، أَوْ كَلْبٌ مَجْمُوعٌ ، أَوْ غَيْرُ
مَعْلُومٍ لَمْ يُؤْكَلْ ، وَلَوْ تَمَّ صَمْعٌ حِسًّا فَظَنَّهُ آدَمِيًّا فَرَمَاهُ ، أَوْ أُرْسِلَ عَلَيْهِ
كَلْبُهُ فَإِذَا هُوَ صَيْدٌ أَكِيلٌ ، وَإِذَا وَقَعَ الصَّيْدُ فِي الْمَاءِ أَوْ عَلَى سَطْحٍ أَوْ جَبَلٍ
أَوْ سِنَانٍ رُمِحَ ، ثُمَّ تَرَدَّى إِلَى الْأَرْضِ لَمْ يُؤْكَلْ ، وَلَوْ وَقَعَ ابْتِدَاءً عَلَى
الْأَرْضِ أَكِيلٌ ، وَفِي طَيْرِ الْمَاءِ إِنْ أَصَابَ الْمَاءُ الْخُرُوحَ لَمْ يُؤْكَلْ وَإِلَّا أَكِيلٌ ،
وَلَا يُؤْكَلُ مَا قَتَلَتْهُ الْبُنْدُقَةُ وَالْحَجَرُ وَالْعَصَا وَالْمِعْرَاضُ بِعَرَضِهِ . فَإِنْ خَزَقَ

ولهذا لو وقع في هذه الحالة في الماء لا يحرم كما إذا وقع وهو ميت . وعن أبي حنيفة أنه
لا يؤكل أيضا لأنه أخذه حيا فلا يحل إلا بالذكاة الاختيارية ، فلو أنه ذكاه حل بالإجماع .
قال تعالى - إلا ما ذكيت - من غير فصل ، وعلى هذا الردية والطليحة والموقودة والذي
بقر الذئب بطنها وفيها حياة خفيفة أو ظاهرة وهو المختار لما تلونا . وعن محمد إذا كان بحال
يعيش فوق ما يعيش المذبوح حل وإلا فلا ، إذ لا اعتبار بهذه الحياة . وعن أبي يوسف إذا
كان بحال لا يعيش مثله لا يحل ، لأن موته لا يحصل بالذبح . قال (وإن شارك كلبه
كلب لم يذكر عليه اسم الله ، أو كلب مجمعي ، أو غير معلوم لم يؤكل) لقوله عليه الصلاة
والسلام لعدي بن حاتم « وإن شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل ، فانك إنما سميت على
كلبك ولم تسم على كلب غيره » ولأنه اجتمع المحرم والمبيح فيلب المحرم المبيح احتياطا . قاله
(ولو سمع حسا فظنه آدميا فرماه ، أو أرسل عليه كلبه فإذا هو صيد أكل) لأنه لا اعتبار
بظنه مع كونه صيدا حقيقة ، وكذلك لو ظنه حسا صيد فتيين كذلك حل ، لأنه صيد
وقد قصده فيحل . وعن أبي يوسف أنه استثنى الخنزير لشدة حرمة ، حتى لا تثبت
إباحة شيء منه ، وغيره من السباع تثبت الإباحة في جلده ، ولو تبين أنه حس أدى
أو حيوان أهل مما يأوى البيوت لم يؤكل المصائب لأنه ليس بصيد : قال (وإذا وقع
الصبيد في الماء ، أو على سطح أو جبل أو سنان رمح ، ثم تردى إلى الأرض لم يؤكل)
لأنه مردية ، قال عليه الصلاة والسلام لعدي « وإن وقعت رميتك في الماء فلا تأكل ،
فانك لا تدري الماء قتله أم سهمك ؟ » فقد اجتمع دليلا للحل والحرمه ، وكذلك لو وقع
على شجرة أو قصبة أو حرف آجرة لاحتمال موته بهذه الأشياء (ولو وقع ابتداء على
الأرض أكل) لأنه لا يمكن الاحتراز عنه ، فلو اعتبرناه محرما انسدت باب الصيد ، فإ
لا يمكن الاحتراز عنه كالعلم . قال (وفي طير الماء إن أصاب الماء الجرح لم يؤكل ، وإلا
أكل) لإمكان الاحتراز عن الأول دون الثاني . قال (ولا يؤكل ما قتله البندقة والحجر
والعصا والمعرّاض بعرضه) لأن ذلك كله في معنى الموقودة (فان خزق (١)

(١) قوله خزق بالزاي المعجمة ، يقال : خزق السم : إذا أصاب الرمية ونفذ فيها .

المعراض الجلد بحدّة أكمل ، وإن رماه بسيف أو سكين فأبان عضوًا منه أكمل الصيد ، ولا يؤكل العضو ، وإن قطعه نصفين أكمل ، وإن قطعه اثلاثا أكمل الكل إن كان الأقل من جهة الرأس ، ومن رمى صيدًا فأثخنته ثم رماه آخر فقتله لم يؤكل ، ويضمن الثاني للأول قيمته غير نقصان جراحته ،

المعراض الجلد بحدّة أكل قال عليه الصلاة والسلام فيه « ما أصاب بحدّة فكل ، وما أصاب بعرضه فلا تأكل » وإن جرحته الحجر إن كان قليلًا لم يؤكل لاحتمال أنه قتله بقله ، وإن كان خفيفًا وبه حد لا يخل لأنها قتله بحدّها ، ولو رماه بها فأبان رأسه أو قطع العروق لا يؤكل ، لأن العروق قد تنقطع بالنقل فوق الشك ، ولعله مات قبل قطع العروق ، ولو كان للعصا حد فجرحت يؤكل لأنها بمنزلة الحد . فالحاصل أن الموت إن كان يجرح يقين حل ، وإن كان بالنقل لا حل ، وكذا إن وقع الشك احتياطًا . قال (وإن رماه بسيف أو سكين فأبان عضوًا منه أكل الصيد) لوجود الجرح في الصيد وهو ذكاته (ولا يؤكل العضو) قال عليه الصلاة والسلام « ما أبين من الحى فهو ميت » . قال (وإن قطعه نصفين أكمل) لأن الملبس منه ليس بحي ، إذ لا يتوهم بقاء حياته . قال (وإن قطعه اثلاثا أكل الكل) إن كان الأقل من جهة الرأس لما تقدم بخلاف ما إذا كان الأقل مما على العجز ، لأنه يتوهم حياته فلا يؤكل ، وإن رماه بسيف أو سكين فإن جرحه بالحد حل ، وإن أصابه بقفا السكين أو بمقبض السيف لا يخل لأنه وقد (١) لاجرح ، ولو رماه فجرحه وأدامه حل ، وإن لم يدمه لا يخل لأن الإدماء شرط . قال عليه الصلاة والسلام « ما أهر الدم وأفرى الأوداج فكل » شرط الإنهار ، وقيل يخل لأن الدم قد ينحبس لغلظه وضيق المتخذ ، وعلى هذا إذا جلفت الشاة بالعناب فذبحت ولم يسلم منها الدم . وقال بعضهم : إن كانت الجراحة كبيرة حل بدون الإدماء ، وإن كانت صغيرة لا بد من الإدماء . قال (ومن رمى صيدًا فأثخنته ثم رماه آخر فقتله لم يؤكل) لأن بالإثخان صارت ذكاته اختيارية فصار بالجرح الثاني ميتة ، وهذا إذا كان بحال ينجم من الرمية الأولى ليكون موته مضافًا إلى الثانية ، وإن كان بحال لا يسلم من الأولى بأن قطع رأسه أو بقر بطنه ونحوه يخل لأن وجود الثانية كملها . قال (ويضمن الثاني للأول قيمته غير نقصان جراحته) لأنه أتلف عليه صيدًا مملوكًا له ، لأنه ملكه حيث أثخنه فخرج عن جيز الامتناع فلا يطبق

(١) قوله وقد ، قال في مختار الصحاح : وقده : ضربه حتى استرخى وأشرف على الموت ، وبابه وعد ؛ وشاة موقوفة : قتلت بالحشب .

وَكَانَ كَمْ يَنْخِئُهُ الْأَوَّلُ الْأَكْبَلُ وَهُوَ الثَّانِي .

كتاب الذبائح

وَالذَّكَاةُ اخْتِيَارِيَّةٌ ، وَهِيَ الذَّبْحُ فِي الْحَلْقِ وَالْبَيْتَةِ . وَاضْطِرَّارِيَّةٌ ، وَهِيَ الْجَرْحُ فِي أَى مَوْضِعٍ اتَّفَقَ ، وَشَرَطُهُمَا التَّسْمِيَةُ ، وَكَوْنُ الذَّابِيعِ مُسْلِمًا أَوْ كِتَابِيًّا ،

بِرَاحَا وَهُوَ مَعِيبٌ بِالْجِرَاحَةِ ، وَالْقِيَمَةُ تَجِبُ عِنْدَ الْإِتْلَافِ . قَالَ (وَإِنْ لَمْ يَشْخِطِ الْأَوَّلُ أَكْلًا) لِأَنَّهُ صِيدَ عَلَى حَالِهِ (وَهُوَ الثَّانِي) لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي أَخَذَهُ ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « الصَّيْدُ لِمَنْ أَخَذَهُ » .

كتاب الذبائح

وَهُوَ جَمْعُ ذَبِيحَةٍ ، وَالذَّبِيحَةُ : الْمَذْبُوحَةُ ، وَكَذَلِكَ الذَّبِيحُ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى - وَفَدَيْنَاهُ بِذَبْحٍ عَظِيمٍ - وَالذَّبِيحُ مَصْدَرُ ذَبَحَ بِذَبْحٍ ، وَهُوَ الذَّكَاةُ أَيْضًا ، قَالَ تَعَالَى - إِلَّا مَا ذَكَيْتُمْ - أَى ذَبَحْتُمْ . (وَالذَّكَاةُ) نَوْعَانِ (اخْتِيَارِيَّةٌ ، وَهِيَ الذَّبْحُ فِي الْحَلْقِ وَالْبَيْتَةِ) قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « الذَّكَاةُ مَا بَيْنَ الْبَيْتَةِ وَاللَّحْيَيْنِ » أَى مَوْضِعُ الذَّكَاةِ ، وَهِيَ قَطْعُ عُرُوقٍ مَعْلُومَةٍ عَلَى مَا بَيْنَ يَدَيْكَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . قَالَ (وَاضْطِرَّارِيَّةٌ : وَهِيَ الْجَرْحُ فِي أَى مَوْضِعٍ اتَّفَقَ) وَهِيَ مَشْرُوعَةٌ حَالَةً الْعَجْزِ عَنِ الْاخْتِيَارِيَّةِ ، وَكَذَلِكَ مِثْلُ الصَّيْدِ وَالْبَعِيرِ النَّادِي ، فَلَوْ رَمَاهُ فَقَتَلَهُ حُلًّا أَكَلَهُ لِأَنَّهُ الْجَرْحُ فِي غَيْرِ الْمَذْبُوحِ أَقِيمَ مَقَامَ الذَّبْحِ عِنْدَ تَعَذُّرِ الذَّبْحِ لِلْحَاجَةِ ، وَالْبَقَرُ وَالْبَعِيرُ لَوْ نَدَا فِي الصَّحْرَاءِ أَوْ الْمَصْرِ بِمَنْزِلَةِ الصَّيْدِ ، وَكَذَلِكَ الشَّاةُ فِي الصَّحْرَاءِ ، وَلَوْ نَدَتْ فِي الْمَصْرِ لِاحْتِمَالِ بِالْعَقْرِ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ أَخْذُهَا ، أَمَا الْبَقَرُ وَالْبَعِيرُ فَرُبَّمَا عَضَهُ الْبَعِيرُ وَنَطَحَهُ الْبَقَرُ فَتَحْتَقِقُ الْعَجْزُ فِيهَا ، وَالْمُتَرَدِّدُ فِي بَرٍّ لَا يَقْدِرُ عَلَى ذِكَاثِهِ فِي الْعُرُوقِ كَالصَّيْدِ إِذْ لَا يَتَوَهَّمُ مَوْتُهُ بِالنَّسَاءِ . قَالَ (وَشَرَطُهُمَا التَّسْمِيَةُ ، وَكَوْنُ الذَّابِيعِ مُسْلِمًا أَوْ كِتَابِيًّا) أَمَا التَّسْمِيَةُ فَلَقَوْلُهُ تَعَالَى - فَادْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهَا صَوَافٍ - وَالْمُرَادُ حَالَةُ النُّحْرِ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ - فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهَا - أَى سَقَطَتْ بَعْدَ النُّحْرِ ، وَمَا مِنْ حَدِيثٍ عَدَى فِي الصَّيْدِ وَقَوْلُهُ فِيهِ « فَإِنَّمَا سَمِيَتْ عَلَى كَلْبِكَ » فَلَوْ تَرَكَهَا عَامِدًا لِاحْتِمَالِ ، لِقَوْلِهِ تَعَالَى - وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يَذْكُرْ اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ - وَلَمْ يَنْقُلْ فِي ذَلِكَ خِلَافَ عَنِ الْمَصْدَرِ الْأَوَّلِ ، وَإِنَّمَا اخْتَلَفُوا فِي مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ نَاسِيًا ، فَالْقَوْلُ بِإِبَاحَةِ مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا مَخَالَفٌ لِلْإِجْمَاعِ ، وَلِهَذَا قَالَ أَصْحَابُنَا : إِذَا قَضَى الْقَاضِي بِجَوَازِ بَيْعِهِ لَا يَنْفَعُ لِأَنَّهُ قَوْلٌ يَخَالَفُ الْكِتَابَ وَالْإِجْمَاعَ ، وَالْكِتَابِيُّ فِيهِ كَالْمُسْلِمِ ، وَلَئِنْ مَا ذَكَرْنَا مِنْ النُّصُوصِ مِنْهَا أَمْرٌ بِالتَّسْمِيَةِ ، وَمِنْهَا جَعْلُهَا شَرْطًا لِحُلِّ الْأَكْلِ ، وَكَذَا يَدُلُّ عَلَى حُرْمَةِ

فَإِنْ تَرَكَ التَّسْمِيَةَ نَالِيَا حَلًّا ؛ وَإِنْ أَضْجَعَ شَاةً وَسَمَّى قَدْ بَحَّ غَيْرَهَا بِتِلْكَ التَّسْمِيَةِ لَمْ تُؤْكَلْ ، وَإِنْ ذَبَحَ بِشِقْرَةٍ أُخْرَى أَكِيلٌ ، وَيُكْرَهُ أَنْ يَذْكُرَ مَعَ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى اسْمَ غَيْرِهِ ، وَأَنْ يَقُولَ : اللَّهُمَّ تَقَبَّلْ مِنِّي فُلَانٌ .

المتروك عامدا ؛ وأما كون الذابح مسلما لقوله تعالى - إِلَّا مَا ذَكَيْمَ - خطاب للمسلمين ؛ وأما الذي فلقوله تعالى في طعام الذين أوتوا الكتاب - حَلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حَلٌّ لَمْ - . وقال عليه الصلاة والسلام في الجبوس « سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحى نسأهم ولا آكل ذبائحهم » . فدلّ على حلّ ذبائح أهل الكتاب ، فإن سمى النصراني المسيح وسمعه المسلم لا يأكل منه ، ولو قال بسم الله وهو يعنى المسيح يأكل منه بناء على الظاهر ، ويشترط أن يكون يعقل التسمية ويضبطها ويقدر على الذبح ، فتحلّ ذبيحة المرأة المسلمة والكثائية والصبي إذا قدر على الذبح ، والمرتبّد لأملة له فلا يجوز ذبيحته ، ويجوز صيد الجبوسى والمرتبّد السمك والجراد لأنه لا ذكاة له فحله غير منوط بالتسمية . قال (فإن ترك التسمية ناسيا حلّ) لأن في تحريره حرجا عظيما ، لأن الإنسان قلما يتخلو عن النسيان فكان في اعتباره حرج . وسئل عليه الصلاة والسلام عن نسي التسمية على الذبيحة ، فقال « اسم الله على لسان كلّ مسلم » . ولأن النامى غير مخاطب بما نسيه بالحديث فلم يترك فرضا عليه عند الذبح بخلاف العامد . قال (وإن أضجع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لم تؤكل ، وإن ذبح بشقرة أخرى أكل) ولو أخذ سهما وسمى ثم وضعه فأخذه غيره ولم يسم لا يليل ، ولو سمي على سهم فأصاب صيدا آخر حلّ ؛ والفرق أن التسمية في الذبح مشروطة على الذبيحة ، قال تعالى - فاذكروا اسم الله عليها صواف - فإذا تبدّلت الذبيحة ارتفع حكم التسمية عليها ؛ وفي الرى والإرسال التسمية مشروطة على الآلة ، قال عليه الصلاة والسلام « إذا رميت سهمك وذكر اسم الله عليه فكل » وقال « فلما سميت على كلبك » قال لم تبدل الآلة فالتسمية باقية ، وإذا تبدّلت ارتفع حكمها فاحتاج إلى تسمية أخرى . قال (ويكره أن يذكّر مع اسم الله تعالى اسم غيره ، وأن يقول : اللهم تقبل من فلان) لأن الشرط هو الذكر الخالص ، لقول ابن مسعود : جردوا التسمية ، فإذا ذكر اسم غير الله تعالى مع اسم الله تعالى ؛ فاما إن ذكره موصولا به أو مفصولا ، فإن فضل فلا بأس بأن ذكره قبل التسمية أو قبل الإضجاع أو بعد الذبيحة لأنه لا مدخل له في الذبيحة . وروى أنه صلى الله عليه وسلم قال بعد الذبح « اللهم تقبل هذه من أمة محمد من شهد لك بالوحدانية ولّى بالبلاغ » وإن ذكره موصولا ، فاما إن كان معطوفا أو لم يكن ، فإن كان معطوفا حرمت ، لأنه أهلّ به لغير الله بأن يقول : باسم الله واسم فلان ، أو باسم الله وفلان ، أو باسم الله وحمد رسول الله بكسر الدال ، ولو رفعها لا يحرم لأنه كلام

وَالسَّنَّةُ نَحْرُ الْإِبِلِ وَذَبْحُ الْبَقَرِ وَالْغَنَمِ ، فَإِنْ عَكَسَ فَلَذَبْحُ الْإِبِلِ وَنَحْرُ الْبَقَرِ وَالْغَنَمِ كَرِهَ وَيَوْكُلُ . وَالْعُرُوقُ الَّتِي تَقْطَعُ فِي الذَّكَاةِ : الْحُلُقُومُ وَالْمَرِيُّ وَالْوَدْجَانِ ، فَإِنْ قَطَعَهَا حَلَّ الْأَكْلُ ، وَكَذَلِكَ إِذَا قَطَعَ ثَلَاثَةً (س) مِنْهَا ؛

مستأنف غير متعلق بالذبيحة ، وإن كان موصولا غير معطوف بأن قال : باسم الله محمد رسول الله لا يحرم لأنه لما لم يعطف لم توجد الشراكة فيقع الذبيح خالصا لله تعالى إلا أنه يكره لأنه لصورة المحرم من حيث القرآن في الذكر ؛ ولو قال عند الذبيح : اللهم اغفر لي لا يحل لأنه دعاء ، ولو قال : الحمد لله أو سبحان الله ينوي التسمية حل ، والمنقول المتوارث من الذكر عند الذبيح : بسم الله الله أكبر ، وكذا فسر ابن عباس رضى الله عنهما قوله - فاذكروا اسم الله عليها صواف - . قال (والسنة نحر الإبل وذبح البقر والغنم ، فإن عكس فذبح الإبل ونحر البقر والغنم كره ويؤكل) قال تعالى - فصل لربك وانحر - قالوا : المراد نحر الجزور . وقال - إن الله يأمركم أن تذبحوا بقرة - وقال - وفديناه بذبح عظيم - والذبيح : ما يذبح وكان كبشا ، وهو المتوارث من فعل النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة إلى يومنا هذا ؛ وإنما كره إذا عكس لمخالفة السنة ، ويؤكل لوجود شرط الحل وهو قطع العروق وإسراها الدم . قال (والعروق التي تقطع في الذكاة : الحلقوم والمرى والودجان) وقال الكرخي : الذكاة في الأوداج ، والأوداج أربعة : الحلقوم ، والمرى ، والعرقان اللذان بينهما ، وأصله قوله عليه الصلاة والسلام « أمر الأوداج بما شئت » وهو اسم جمع فيتناول ثلاثة ، وهو المرى والودجان ، ولا يمكن قطع هذه الثلاثة إلا بقطع الحلقوم فثبت قطع الحلقوم اقتضاء (فإن قطعها حل الأكل) لوجود الذكاة (وكذلك إذا قطع ثلاثة منها) أي ثلاثة كانت . وقال أبو يوسف : لا بد من قطع الحلقوم والمرى وأحد الودجين . وعن محمد أنه يعتبر الأكثر من كل عرق . وذكر القنوري قول محمد مع أبي يوسف ، وحمل الكرخي قول أبي حنيفة ، وإن قطع أكثرها حل . على ما قاله محمد ، والصحيح ما ذكرنا . لحمد أن الأمر ورد بفري العروق ، وكل واحد منفصل عن الباقيين أصل بنفسه فلا يقوم غيره مقامه ، إلا أنه إذا قطع أكثره فكانه قطعه إقامة للأكثر مقام الكل ، ولأن المقصود يحصل بقطع الأكثر ؛ ألا يرى أنه يخرج به ما يخرج بقطع جميعه ، ولأن الذبيح قد يبق اليسير من العروق فلا اعتبار به . ولأبي يوسف رحمه الله أن كل واحد منهما يقصد بقطعه غير ما يقصد بقطع الآخر ، فإن الحلقوم يجري النفس ، والمرى يجري الطعام ، والودجين يجري الدم ، فإذا قطع أحد الودجين حصل المقصود بقطعهما ، وإذا ترك الحلقوم أو المرى لا يحصل المقصود من قطعه بقطع ما سواه . ولأبي حنيفة أن الأكثر يقوم مقام الكل في الأصول ، فيقطع أي ثلاث كان حصل قطع الأكثر ؛

وَيَمْجُوزُ الذَّبْحُ بِكُلِّ مَا أَفْرَى الْأَوْدَاجَ وَأَنْهَرَ الدَّمَ ، إِلَّا السِّنَّ الْقَائِمَةَ وَالظُّفْرَ الْقَائِمَ . وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُحْدِثَ شَفْرَتَهُ ، وَيَكْرَهُ أَنْ يَبْلُغَ بِالسَّكِينِ النَّخَاعَ ، أَوْ يَقْطَعَ الرَّأْسَ وَتَوَكَّلْ ، وَيَكْرَهُ سَلْخُهَا قَبْلَ أَنْ تَبْرُدَ ، وَمَا اسْتَأْنَسَ مِنَ الصَّيْدِ فَذَكَاتُهُ اخْتِيَارِيَّةٌ ، وَمَا تَوَحَّشَ مِنْ النِّعَمِ فَاضْطِرَّارِيَّةٌ ؛

ولأن المقصود يحصل بذلك ، وهو إنبهار الدم والتسبب إلى إزهاق الروح ، لأنه لا يجبا بعد قطع مجرى النفس والطعام ، والدم يجري بقطع أحد الودجين فيكتفي به تحرزا عن زيادة التعذيب . قال (ويمجوز الذبح بكل ما أفرى الأوداج وأنهر الدم ، إلا السن القائمة والظفر القائم) لقوله عليه الصلاة والسلام . « أفرى الأوداج بما شئت وكل » وقوله « أنهر الدم بما شئت » وقال عليه الصلاة والسلام « كل ما أنهر الدم وأفرى الأوداج ، ما خلا السن والظفر فانهما مدى الحبشة » والحبشة كانوا يلذجون بهما قائمين ، ولأن القتل بهما قائمين يحصل بقوة الآدى وقتله فأشبه المنخفة ، ولو ذبح بهما منزوعين لأبأس بأكله ويكره . أما الكراهة فظاهر الحديث وأنه استعمال لجزء الآدى وأنه حرام ، ولا بأس به لما ذكرنا من المعنى والحصول المقصود ، وهو إنبهار الدم وقطع الأوداج . ونص محمد على أن المذبوح بهما قائمين ميتة لأنه وجد فيه نصا ، وما لا يجد فيه نصا يتحرى فيقول في الحل " لأبأس به ، وفي الحرمة لا يؤكل أو يكره . قال (ويستحب أن يحْدِثَ شَفْرَتَهُ) لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا قَتَلْتُمْ فَأَحْسِنُوا الْقِتْلَةَ ، وَإِذَا ذَبَحْتُمْ فَأَحْسِنُوا الذَّبْحَ ، وَلْيُحْدِثْ أَحَدُكُمْ شَفْرَتَهُ وَلْيَرْحَ ذَيْبَتَهُ » ورأى عليه الصلاة والسلام رجلا أضجع شاة وهو يحْدِثُ شَفْرَتَهُ ، فقال : هلا حلدتها قبل أن تضجعها ؟ . قال (ويكره أن يبلغ بالسكين النخاع أو يقطع الرأس وتؤكل) والنخاع عرق أبيض في عظم الرقبة ، لأنه عليه الصلاة والسلام « نهى أن تمنع الشاة إذا ذبحت » وفسروه بما ذكرنا ، وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة ويؤكل لوجود المقصود ، لأن هذه الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الألم فلا يوجب التحريم . قال (ويكره سَلْخُهَا قَبْلَ أَنْ تَبْرُدَ) أى يسكن اضطرابها ، وكذا يكره كسر عتقها قبل أن تبرد لما فيه من تألم الحيوان وبعد ذلك لألم فلا يكره . وفي الحديث « ألا لاتنخروا الذبيحة حتى تجب » أى لا تقطعوا رقبتها وتفصلوها حتى تسكن حركتها ، وإن ذبح الشاة من قفاها إن ماتت قبل قطع العرق فهي ميتة لوجود الموت بدون الذكاة ، وإن قطعت وهي حية حلت لأنها ماتت بالذكاة . كما إذا جرحها ثم ذبحها ، إلا أنه يكره فعله لما فيه من زيادة الألم من غير فائدة . قال (وما استأنس من الصيد فذكاته اختيارية) للقدرة عليها (وما توحش من النعم فاضطرارية) للعجز عن الاختيارية .

وَإِذَا كَانَ فِي بَطْنِ الْمَذْبُوحِ جَنَيْنٌ مَيِّتٌ لَمْ يُؤْكَلْ (مم) ، وَإِذَا ذُبِيعٌ مَا لَا يُؤْكَلُ
لَحْمُهُ طَهَّرَ جِلْدُهُ وَنَحْمُهُ إِلَّا الْخَنَزِيرَ وَالْأَدَمِيَّ .

فصل

وَلَا يَجِلُّ أَكْلُ كُلِّ ذِي نَابٍ مِنَ السَّبَاعِ وَلَا ذِي غَلَبٍ مِنَ الطَّيْرِ ،

قال (وإذا كان في بطن المذبح جنين ميت لم يؤكل) وقالوا : إذا تم خلقه أكل وإلا فلا ،
لقوله عليه الصلاة والسلام « ذكاة الجنين ذكاة أمه » ، ولأنه جزء الأم متصل بها يتغذى
بغذاؤها ويتنفس بتنفسها ويخلل في بيعها ويعتق باعتاقها ، فيتركى بذكائها كسائر أجزائها .
والأبي حنيفة أنه حيوان بانفراذه حتى يتصور حياته بعد موتها فيفرد بالذكاة ، ولهذا يعتق
باعتناق مفرد ، ونجس فيه الفرة وتصح الوصية به وله دونها ، ولأنه حيوان دموى لم يخرج
دمه فصار كالنخقة ، لأن بذكاة الأم لا يخرج دمه بخلاف الصيد ، لأن الجرح موجب
لخروج الدم ، ولأنه احتمل موته بذبح الأم واحتمل قبله فلا يجمل بالشك ، والحديث
روى بالنصب بنزع الخافض فدل على تساويهما في الذكاة لقوله تعالى - ينظرون إليك
نظر الغشائي عليه من الموت - وعلى رواية الرفع احتمل التشبيه أيضا كقوله تعالى - وجنة
عرضها السموات والأرض - فيحمل عليه توفيقا ، ولهذا كره أبو حنيفة ذبح الشاة الحامل
التي قربت ولادتها لما فيه من إضاعة الولد ، وعندهما لا يكره لأنه يؤكل عندهما . قال
(وإذا ذبح ما لا يؤكل لحمة طهر جلده ولحمه إلا الخنزير والأدوى) فان الذكاة لا تعمل
فيهما ، لأن الذكاة تزيل الرطوبات وتخرج الدماء السائلة ، وهى المنجسة لأذات اللحم
والجلد فيطهر كما في الدبائح . أما الأدوى فلكرامته وحرمة ، والخنزير لنجاسته وإهانته
فلا تعمل الذكاة فيهما كما لا يعمل الدبائح في جلدهما وقد مر في الطهارة ؛ ولو ذبح شاة
مريضة فلم يتحرك منها شيء إلا فها . قال محمد بن سلمة : إن فتحت فاهما وعينها ومدت
رجلها ونام شعرها لم تؤكل ، وإن كان على العكس أكلت .

صل

(ولا يجلُّ أكل كل ذي ناب من السباع ولا ذى غلب من الطير) لأنه عليه الصلاة
والسلام « نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع » وقوله عقيب التوعين من السباع
ينصرف إليهما فيثبت الحكم فيما له غلب من سباع الطير والبهائم دون غيرهما ، والسبع
كل جارح قتال منتهب معتد عادة كالأسد والفهد والذئب والثعلب والدب والفيل
والقرد والبربوع وابن عرس والسنور البرى والأهلى ؛ وذو الغلب من الطير : الصقر

ولا تحمل الحمر الأهلية ولا البغال ولا الخيل (سم) ،

والبازي والنسر والعقاب والشاهين والحدأة . قال أبو حنيفة: الدلق (١) والسنجاب (٢) والفنك (٣) والسمور (٤) وما شابهه سبع ، ولا يؤكل ابن عرس لأنها ذات أنياب فدخلت تحت النص ، وفي الحديث نبى عن أكل الخلطة والهيئة والجمجمة ، فالخلطة : التي تحتطف في الهواء كالبازي ونحوه ، والهيئة : الذي ينتهب على الأرض كالذئب والكلب ونحوه ، والجمجمة : فقد روى بالفتح والكسر فبالفتح كل صيد جثم عليه الكلب حتى مات غما ، وبالكسر كل حيوان من عاداته أن يجثم على الصيد كالذئب والكلب ، ومعنى تحريم هذه الأشياء كرامة لنبى آدم لثلاثه على إليهم شيء من هذه الحصال اللذيمة بالأكل ، وكل ما ليس له دم سائل حرام إلا الجراد ، مثل الذباب والزناير والعقارب ، وكذا سائر هوام الأرض وما يدب عليها وما يسكن تحتها ، وهى الحشرات كالفأرة والوزغة واليربوع والقنفذ والحية ونحوها ، لأن جميع ذلك من الخبائث فيحرم لقوله تعالى - ويحرم عليهم الخبائث - . قال (ولا تحمل الحمر الأهلية ولا البغال ولا الخيل) لقوله تعالى - والخيل والبغال والحمير لركوبها زينة - خرجت في معرض الامتنان ، فلو جاز أكلها لذكره ، لأن نعمة الأكل أعظم من نعمة الركوب . وعن علي وابن عمر رضى الله عنهم أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية وعن متعة النساء » . وقال أبو يوسف ومحمد : لحم الخيل حلال لما روى عن أنس قال : أكلنا لحم فرس على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام . وروى أنه عليه الصلاة والسلام نهى يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية وأذن في الخيل . ولأبى حنيفة ما تلونا من الآية . وما روى خالد بن الوليد « أن النبى عليه الصلاة والسلام نهى عن أكل لحوم الخيل والبغال والحمير الأهلية » وروى المقدم بن عدى أن النبى عليه الصلاة والسلام قال « حرام عليكم الحمر الأهلية وخيلها وبغالها وكل ذى ناب من السباع وكل ذى غلب من الطير » ولأن البغل وهو نتاجه لا يؤكل فلا يؤكل الفرس ، لأن أكل التاج معتبر بأمه ، ألا ترى أن الحمار الوحشى لو نزا على الأمان الأهلية لا يؤكل ؟ فكنا هنا .

(١) الدلق حركة : دوية كالسمور ، وهو فارسي معرب ، كذا في القاموس .

(٢) السنجاب ، قال في المنجد : والسنجاب حيوان كاليربوع يتخذ منه الفراء ، ويضرب به المثل في خفة الصعود .

(٣) قال في القاموس : الفنك بالتحريك : دابة فروتها أطيب أنواع الفراء وأشرفها وأعلىها .

(٤) قال في المنجد : السمور : حيوان برى يشبه السنور يتخذ من جلده فراء ثميته .

وَيَكْرَهُ الرُّخْمُ وَالْبَغَاثُ وَالْفُرَابُ وَالضَّبُّ وَالسُّلْحَفَةُ وَالْحَشْرَاتُ ، وَيَجُوزُ غُرَابُ الزَّرْعِ وَالْعَقَقُ وَالْأَرْنَبُ وَالْجُرَادُ ، وَلَا يُؤْكَلُ مِنْ حَيَوَانِ الْمَاءِ إِلَّا السَّمَكُ ، وَلَا يُؤْكَلُ الطَّائِيُّ مِنَ السَّمَكِ .

قال (ويكره الرخم (١) والبغاث والغراب) لأنها تأكل الجيف فكانت من الخبائث ، إذ المراد الغراب الأسود وكذلك الغداف (٢) . قال (والضَّبُّ) لما روت عائشة رضي الله عنها « أنه أهدى إلى النبي عليه الصلاة والسلام ضباً فامتنع من أكله ، فجاءت سائلة فأرادت عائشة أن تطعمها ، فقال لها : أتطمعين ما لا تأكلين ؟ » ولولا حرمة لما منعها عن التصدق في كافي شاة الأنصار . قال (والسُلْحَفَةُ) لأنها من الفواسق (والحشرات) بدليل جواز قتلها للمحرم . قال (ويجوز غراب الزرع والعقق والأرنب والجراد) قال أبو يوسف غراب الزرع له هيئة مخالفة للغراب في صغر جسده ، وأنه يدخل في المنازل ويؤلف كالحمام ويطير ويرجع ، والعقق يخلط في أكله فأشبهه البجاج والأرنب ، لما روى عمار بن ياسر قال « أهدى لرسول الله عليه الصلاة والسلام أرنبه مشوية فقال لأصحابه كلوا » . قال أبو يوسف : أما الوبر (٣) فلا أحفظ فيه شيئاً عن أبي حنيفة وهو عندى كالأرنب وهو يختلف القول والنبت ، وهذا لأن الأشياء على الإباحة إلا ما قام عليه دليل الخطر ، وأما الجراد فلقوله عليه الصلاة والسلام « أحلت لنا ميتتان ودمان ، أما الميتتان : فالسمك والجراد ؛ وأما الدمان : فالكبد والطحال » وسواء مات حتف أنفه أو أصابته آفة كالطير ونحوه لإطلاق النص . قال (ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك) لأنه ميتة فيحرم بالنص ، وإنما حل السمك بما رويناه من الحديث وأنه يشمل جميع أنواعه الجريح والمسامي وغيرهما . وعن النبي عليه الصلاة والسلام « أنه سئل عن الضفدع يجعل شحمه في الدواء فنهى عن قتل الضفدع وقال : خبيثة من الخبائث » . قال (ولا يؤكل الطائي من السمك) وهو ما مات حتف أنفه ، لما روى جابر رضي الله عنه « أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن أكل الطائي » . وعن علي رضي الله عنه : لا يتيموا في أسواقنا الطائي . وعن ابن عباس أنه قال : ما دسر البحر فكله ، وما وجدته مطفراً على الماء فلا تأكله . ومات من الحر أم البرد أو كدر الماء روى أنه يؤكل لأنه مات بسبب حادث كما لو ألقاه الماء على اليبس . وروى أنه لا يؤكل ، لأن الحر والبرد من صفات الزمان وليسا من حوادث الموت عادة ؛ ولو ابتلعت سمكة سمكة تؤكل لأنه سبب حادث للموت . قال أبو يوسف عن أبي حنيفة :

(١) قوله الرخم ، قال في مختار الصحاح : الرخمة : طائر أبقع يشبه النسر في الخلق ، وجمعه رخم اهـ . (٢) نوع من الغريان يسمى غراب القيط . (٣) قال في المنجد : الوبر : دوية كالسنور لكنها أصغر منه ولها ذنب صغير جداً .

كتاب الأضحية

وَمِى وَاجِبَةٌ عَلَى كُلِّ مُسْلِمٍ حَرٌّ مُقِيمٍ مُوسِرٍ،

تحبس الجلالة ثلاثة أيام . وعن محمد لم يوقت أبو حنيفة فيه وقتا وقال : تحبس حتى تطيب والجلالة : التي تأكل العذبة ، فان خلطت فليست بجلالة ، ولذلك قالوا : الدجاجة لا تكون جلالة لأنها تخلط . وقال محمد : إذا أنثى وتغير ووجد منه رائحة منتنة فهي جلالة لا يشرب لبنها ولا يؤكل لحمها ويموز بيعها وهبتها ، وإذا حبست زالت الكراهة لأن ما في جوفها يزول وهو الموجب للتغير والنثن ، ولم يوقت أبو حنيفة لأنه إذا توقف على زوال النثن وجب اعتبار هذا المعنى ، وفي رواية أبي يوسف قدره بثلاثة أيام اعتبارا للغالب من حالها . وقلدوى : أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يحبس الدجاج ثلاثة أيام ثم يأكله ، وهذا على طريق التنزه فيجوز أن يكون رواية التقدير بالثلاثة بناء على هذا الحديث .

كتاب الأضحية

وهو بضم الميم الممزة وكسرها : اسم لما يذبح أيام النحر بنية القرية لله تعالى ، وكذلك الضحية يفتح الضاد وكسرها ، ويقال أيضا أضحية . قال عليه الصلاة والسلام « على أهل كل بيت في كل عام أضحية وعتيرة » فالأضحية ما يذبح أيام النحر ، والعتيرة شاة كانت تذبح للصم في رجب تسخت وبقيت الأضحية ، وهي من أضحى يضحي إذا دخل في الضحى لأنها تذبح وقت الضحى فسمى الواجب باسم وقته كصدقة الفطر والصلوات الخمس . قال (وهي واجبة على كل مسلم حرّ مقيم موسر) أما الوجوب فذهب أصحابنا . وروى عن أبي يوسف أنها سنة ، وذكر الطحاوي أنها واجبة عند أبي حنيفة سنة عندهما واختاره رضي الدين التيسابوري ، والدليل على كونها سنة قوله عليه الصلاة والسلام « ثلاث كتبت على » ولم تكتب عليكم : التور والضحى والأضحية ، وفي رواية « وهي لكم سنة » وعن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما أنها كانا لا يضحيان مخافة أن يراها الناس واجبة ، ولأنها لو وجبت لوجبت على المسافر كصدقة الفطر والزكاة ، إذ الواجبات المالية لا تأثير للسفر فيها ، ودليل الوجوب قوله تعالى - فصل لربك وانحر - أمر بنحر مقرون بالصلاة ولا ذلك إلا الأضحية ، فلن قال : المراد أخذ اليد باليد على النحر في الصلاة . قلنا هذا أمر وأنه يقتضى الوجوب ، ولا وجوب فيها ذكرتم بالإجماع فتعين ما ذكرنا ، وقوله عليه الصلاة والسلام « ضحوا فانها سنة أبيكم إبراهيم » أمر وأنه للوجوب . وقوله عليه الصلاة والسلام « من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا » علق الوعيد بترك

وَيَجِبُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ شاةٌ . وَإِنْ اشْتَرَكَ سَبْعَةً فِي بَقْرَةٍ أَوْ بَدَنَةٍ جَازَ أَنْ كَانُوا مِنْ أَهْلِ الْقَرْيَةِ وَيُرِيدُونَهَا .

الأضحية وأنه يدل على الوجوب ، ولأن إضافة اليوم إليه تدل على الوجوب لأنه لا تصح الإضافة إليه إلا إذا وجدت فيه لاحالة ، ولا وجود إلا بالوجوب فيجب تصحيحاً للإضافة وكما في يوم الفطر وصدقته . وأما قوله عليه الصلاة والسلام « ولم تكتب عليكم » قلنا نفي الكتابة نفي الفريضة ، لأن المراد من الكتابة الفرض ، قال الله تعالى - إن الصلاة كانت على المؤمنين كتاباً موقوتاً - أي فرضاً موقوتاً ، ولذلك تسمى الصلوات المفروضات مكتوبة ، فكان النص ينفي الفريضة ونحن نقول به إنما الكلام في نفي الوجوب ، وقوله « وهي لكم سنة » أي ثبت وجوبها بالسنة لما ذكرنا من التعارض في تأويل الآية ، وما وجب بالسنة يطلق عليه اسم السنن وهو كثير النظير ، وأبو بكر وعمر كانا فقيرين فخافا أن يظنها الناس واجبة على الفقراء على أنها مسألة مختلفة بين الصحابة ، ولا احتجاج بقول البعض على البعض والرجح لنا ، لأن ما ذكرناه موجب وما ذكروه تافه والموجب راجح وتماه عرف في الأصول ، وإنما لم نجب على المسافر لأنها اختصت بأسباب شق على المسافر تحصيلها ونفوت بمضي الوقت فلم نجب كالحجعة ، بخلاف الفطر والزكاة حيث لا تنفوت بالوقت ، ويموز فيما التأخير ودفع القيم وغير ذلك . وعن علي رضي الله عنه : ليس على المسافر حجة ولا أضحية ، واختصاصها بالمسلم لأنها عبادة وقربة ، وبالحر لأن العبد لا يملك شيئاً وبالقيم لما مر ، ويستوى فيه المقيم بالأمصار والقرى والبادي لأنه مقيم ، وبالنفي لقوله عليه الصلاة والسلام « لأصدقة إلا عن ظهر غنى » . والمراد النفي المشروط لوجوب صدقة الفطر . وأما أولاده الصغار فروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجب عليه أن يضحي عن أولاده الصغار كصدقة الفطر ، وعنه لا يجب لأنها قربة محضة ، والقربة لا تتحمل بسبب الغير ، بخلاف صدقة الفطر فإنها ماثونة وسببها رأس يمونه ويلي عليه ، وصاروا كالعبيد يؤدى عنهم صدقة الفطر ولا يضحي عنهم ، ولو كان للصبي مال ضحي عنه أبوه أو وصيه بخلافاً لمحمد وزفر ، وهو نظير الاختلاف في صدقة الفطر : وقيل الأصح أنها لا يجب في مال الصبي بالإجماع لأنها قربة فلا يخاطب بها ، بخلاف صدقة الفطر على ما بينا ، ولأن الواجب الإراقة والتصدق بها ليس بواجب ، ولا يموز ذلك في مال الصبي لأنه لا يقدر على أكل جميعها عادة ولا يموز بيعها فلا يجب . وذكر القلودى في شرح الصحيح أنها يجب ولا يتصدق بها لأنه تطوع ، ولكن يأكل منها الصغير وعياله ويدخر له ما يمكنه ويتنازع له بالباقي ، وما ينتفع بعينه . كما يموز للبالغ ذلك في الجلد ، والجلد مع الحفدة كالأب عند علمه (ويجب على كل واحد شاة) لأنه أدنى الدم كما قلنا في الهدايا . قال (وإن اشترَكَ سبعة في بقرة أو بدنة جاز إن كانوا من أهل القرية) يعني مسلمين (ويريدونها) ؟ - الاعتناء - خلاص

وَلَوْ اشْتَرَى بِقَرَّةٍ لِلْأُضْحِيَّةِ ثُمَّ اشْرَكَ فِيهَا سِتَّةَ أَجْزَائِهِ ، وَيَقْتَسِمُونَ
لَحْمَهَا بِالْوَزْنِ ، وَتَخْتَصُّ بِالْإِبِلِ وَالْبَقَرِ وَالْغَنَمِ ، وَيُجْزَى فِيهَا مَا يُجْزَى
فِي الْهَدْيِ ،

يعني يريدون القرية ، حتى لو كان أحدهم كافرا أو أراد اللحم للقرية لايجزى واحدا
منهم لأن الدم لايجزى ليكون بعضه قرية وبعضه لا ، فإذا خرج البعض عن أن يكون
قرية خرج الباقي ، والأصل في جواز الشركة ما روى جابر قال : « نَحْرَنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ
عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْبَدَنَةَ عَنْ سَبْعَةِ وَالْبَقَرَةَ عَنْ سَبْعَةٍ » وَيُجْزَى عَنْ أَقَلِّ مِنْ سَبْعَةٍ بِطَرِيقِ
الْأُولَى ، وَلَا تُجْزَى عَنْ أَكْثَرِ ، لِأَنَّ الْقِيَاسَ أَنْ لَا يُجْزَى إِلَّا عَنْ وَاحِدٍ لِأَنَّهُ لِرَاقَةٍ وَاحِدَةٍ ،
إِلَّا أَنَا تَرَكْنَا الْقِيَاسَ بِمَا رَوَيْنَا وَأَنَّهُ مُقَيَّدٌ بِالسَّبْعَةِ فَلَا يَزَادُ عَلَيْهِ . وَتُجْزَى الْبَدَنَةُ بَيْنَ اثْنَيْنِ
نَصْفَيْنِ ، لِأَنَّهُ لَمَّا جَازَ ثَلَاثَةُ أَسْبَاعٍ فَلَأَن يَجُوزَ ثَلَاثَةٌ وَنَصْفُ أُولَى (١) ، وَلَوْ كَانَ لِأَحَدِهِمْ
أَقَلُّ مِنَ السَّبْعِ لَا يُجْزَى (وَلَوْ اشْتَرَى بِقَرَّةٍ لِلْأُضْحِيَّةِ ثُمَّ اشْرَكَ فِيهَا سِتَّةَ أَجْزَائِهِ) اسْتَحْسَانًا ،
وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يُجْزَى ، لِأَنَّهُ أَعَدَّهَا لِلْقَرِيَةِ فَلَا يُجْزَى بَعْدَهَا فِي الشَّرْكَاءِ يَبْعَثُهَا . وَجِهَ اسْتِحْسَانُ
أَنَّ الْحَاجَةَ نَاسَةً إِلَى ذَلِكَ لِأَنَّهُ قَدْ لَا يَجِدُ إِلَّا بِقَرَّةٍ وَلَا يَجِدُ شُرَكَاءَ فَيَشْتَرِيهَا ثُمَّ يَطْلُبُ الشَّرَكَاءَ
بَعْدَ ذَلِكَ فَجُوزَ نَافِةُ الْحَاجَةِ ، وَالْأَحْسَنُ أَنْ يَطْلُبَ الشَّرَكَاءَ قَبْلَ الشِّرَاءِ لثَلَاثَةٍ يَكُونُ رَاجِعًا عَنْ
الْقَرِيَةِ . وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَكْرَهُ ذَلِكَ بَعْدَ الشِّرَاءِ ، وَقِيلَ لَوْ أَرَادَ الْإِشْرَاقَ وَقَتَ الشِّرَاءِ
لَا يَكْرَهُ . وَقِيلَ إِنْ كَانَ قَبِيرًا لَا يُجْزَى لِأَنَّهُ أَوْجِبَهَا بِالشِّرَاءِ ، فَإِنْ اشْرَكَ جَازَ وَيُضْمَنُ
حَصَّةَ الشَّرَكَاءِ ، وَقِيلَ الْغَنَى إِذَا شَارَكَ بِتَصَدَّقَ بِأَثَمِنَ ، لِأَنَّهُ مَا زَادَ عَلَى السَّبْعِ غَيْرَ وَاجِبٍ
عَلَيْهِ وَبِالشِّرَاءِ قَدْ أَوْجِبَهُ عَلَى نَفْسِهِ فَيَتَصَدَّقُ بِثَمَنِهِ . قَالَ (وَيَقْتَسِمُونَ لَحْمَهَا بِالْوَزْنِ) لِأَنَّهُ
مُوزُونٌ وَلَا يَقْتَسِمُونَهُ جِزَافًا إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهُ الْإِكَارِعُ وَالْجُلْدُ فَيَجُوزُ كَمَا قُلْنَا فِي الْبَيْعِ
(وَتَخْتَصُّ بِالْإِبِلِ وَالْبَقَرِ وَالْغَنَمِ) لَمَّا مَرَّ فِي الْهَدْيِ ، وَلَقَوْلِ الصَّحَابَةِ : الضَّحَايَا مِنَ الْإِبِلِ
وَالْبَقَرِ وَالْغَنَمِ وَذَلِكَ اسْمُ الْكِبَارِ دُونَ الصَّغَارِ . قَالَ (وَيُجْزَى فِيهَا مَا يُجْزَى فِي الْهَدْيِ) وَهُوَ
الْفَنَى مِنَ الْكَلْبِ ، وَهُوَ مِنَ الْغَنَمِ مَا لَهُ سِتَّةٌ ، وَمِنَ الْبَقَرِ سِنَتَانِ ، وَمِنَ الْإِبِلِ خَمْسَ سِنِينَ ،
وَلَا يُجْزَى الْجَذَعُ مِنَ الْإِبِلِ وَالْبَقَرِ وَالْمَازِ ، لَمَّا رَوَى أَبُو بَرْدَةَ قَالَ « قُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ
ضَحَيْتُ قَبْلَ الصَّلَاةِ وَعِنْدِي عَتُودٌ خَيْرٌ مِنْ شَاقِ لَحْمِ أَفِيجَزْنِي أَنْ أَضْحِي بِهِ ؟ قَالَ :
يُجْزِيكَ وَلَا يُجْزَى أَحَدًا بِعِنْدِكَ » وَالْعَتُودُ مِنَ الْمَرْزُوقِ الْجَذَعُ مِنَ الضَّأْنِ ، وَهُوَ الَّذِي آتَى عَلَيْهِ
أَكْثَرُ الْحَوْلِ وَهُوَ الْقِيَاسُ فِي الضَّأْنِ أَيْضًا ، إِلَّا أَنَا تَرَكْنَاهُ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « نَعَمْ
الْأُضْحِيَّةُ الْجَذَعُ مِنَ الضَّأْنِ » ثُمَّ الْأَيْمُ يُقَاتَلُ السَّالِمُ مِنْهَا وَلَا يُجْزَى الْمَعِيبُ وَقَدْ بَيَّنَّا ،
وَالْإِخْتِلَافُ فِيهِ فِي بَابِ الْهَدْيِ بِعَوْنِ اللَّهِ تَعَالَى ، إِلَّا أَنَّ الْقَلِيلَ مِنَ الْعِيبِ عَفْوٌ ، لِأَنَّهُ قَلِيلٌ

(١) أَيْ فَلَأَن يَجُوزَ ثَلَاثَةُ أَسْبَاعٍ وَنَصْفُ رِيعٍ أُولَى لِأَنَّهُ نَصْفُ السَّبْعِ يَكُونُ ثَمَنًا لثَلَاثَةِ أَسْبَاعٍ أَوْ

وتختص بأيام النحر ، وهي ثلاثة : عاشور ذى الحجة وحادي عشره
وثاني عشره أفضلها أولها ، فإن مضت ولم يذبح ، فإن كان فقيراً وقد
اشترأها تصدق بها حبة ، وإن كان غنياً تصدق بشتمين اشتراها أو لا ،
ويدخل وقتها بطلوع الفجر أول أيام النحر ، إلا أن أهل مصر لا يصحون
قبل صلاة العيد .

يسلم الحيوان منه فكان في اعتباره حرج فينتفي والشق في الأذن والوسم قليل لا اعتبار به ،
ويتصدق بإحلالها ونظامها ، ولا يعطى أجر الجزاء منها وقد بئاه في الهدى . قال (وتختص
بأيام النحر ، وهي ثلاثة : عاشور ذى الحجة وحادي عشره وثاني عشره ، أفضلها أولها)
لما روى عن عمر وعلي وابن عباس وابن عمر وأنس وأبي هريرة رضي الله عنهم أنهم
قالوا : أيام النحر ثلاثة أفضلها أولها ، وهذا لا يمتد إلى العقل فكان طوبى السمع فكأنهم
قالوه عن النبي عليه الصلاة والسلام ، وأفضلها أولها لما روي ، لكونه مسارعة إلى الخير
والقربة ، وأدناها آخرها لما فيه من التأخير عن فعل الخير ، ويجوز ذبحها في أيامها ولياليها
لأن الأيام إذا ذكرت بلفظ الجمع ينتظم ما بازائها من الليالي كما في التلذذ لما عرف من
قصة زكريا عليه السلام . قال (فإن مضت ولم يذبح ، فإن كان فقيراً وقد اشتراها تصدق بها
حبة) لأنها غير واجبة على الفقير ، فإذا اشتراها بنية الأضحية تعينت الوجوب ، والإرافة
إنما عرفت قربة في وقت معلوم وقد فات فتصدق بعينها (وإن كان غنياً تصدق بشتمين
اشترأها أو لا) لأنها واجبة عليه ، فإذا فات وقت القربة في الأضحية تصدق بالثمن لإخراجها
له عن العهدة كما قلنا في الجمعة إذا فاتت تقضى الظهر والقعدة عند العجز عن الصوم
إخراجاً له عن العهدة . قال (ويدخل وقتها بطلوع الفجر أول أيام النحر ، إلا أن أهل
المصر لا يصحون قبل صلاة العيد) لقوله عليه الصلاة والسلام « من ذبح قبل الصلاة فليمد
ذبيحته ، ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين » وقال عليه الصلاة
والسلام « إن أول نسكنا في هذا اليوم الصلاة ثم الأضحية » وهذا الشرط في حق من يجب
عليه الصلاة ، أما من لا يجب عليه وهم أهل السواد فيجوز ذبحه بعد طلوع الفجر ، وهذا
لأن العبادة لا يختلف وقتها بالمصر وعلمه كسائر العبادات . أما شرطها فيجوز أن يختلف ،
ألا ترى أن الظهر يمنع من فعلها يوم الجمعة قبل صلاة الإمام ولا يمنع ذلك في السواد كذا
هذا ؟ ولو ضحى بعد صلاة أهل المسجد قبل صلاة أهل الجبانة لا يجوز قياها لأنه ضحى
قبل الصلاة المعتبرة ، وجاز انتصافاً لحصولها بعد صلاة معتبرة فإن الاكتفاء بها جائز ،
ولو ضحى بها بعد أهل الجبانة قبل أهل المسجد ، قال الكرخي : كذلك « وقيل يجوز
بكل وجه لأنها هي الأصل وصلاة أهل المصر لعلهم ، وقيل لا يجوز بكل وجه »

وَيَأْكُلُ مِنْ ثَمَنِهَا ، وَيُعْطِمُ الْغَنِيَاءَ وَالْفُقَرَاءَ وَيَدْعُو خَيْرٌ . وَيُكْرَهُ أَنْ يَذْبَحَهَا
الْكَتَّانِي ؛

لأن صلاة أهل المصر هي الأصل كسائر الصلوات ، وخروج الآخرين بغفر ضيق المسجد
عنهم ، فإن لم يصل الإمام في اليوم الأول لعذر لا يضحى حتى تزول الشمس ، وفي اليوم
الثاني تجوز قبل صلاة العيد وبعدها ، رواه القلوري عن محمد ، والمعتبر مكان الأضحية
لإمكان المالك كما في الزكاة . وعن الحسن أنه اعتبر مكان المالك كصدقة الفطر ، فلو
كان بالمصر وأهله بالسواد جاز أن يضحوا عنه قبل الصلاة وبالعكس لا ، وعند الحسن
خلاف ذلك ، ويتأكد وجوبها آخر أيام النحر حتى لو افتقر في أيام النحر سقطت عنه ،
وإن افتقر بعدها لانسقط ويتصدق بالثمن كما بينا ؛ وكذا لو مات في أيام النحر سقطت
وبعدها لا ، ويجب عليه أن يوصى بالتصدق بثمنها ، ولو اشترى الفقير وضحي ثم أسير
في أيام النحر ؛ قبل بعيد لأن العبرة لآخر الوقت ، وقيل لا لأن الوجوب بطول الفجر أول
الأيام . قال (ويأكل من لحمها ، ويطعم الأغنياء والفقراء ويدعو خير) لقوله تعالى - فكلوا
منها وأطعموا البائس الفقير - وقال عليه الصلاة والسلام « كنت نهيتكم عن زيارة القبور
ألا فزوروها ، وكنت نهيتكم عن ادخار لحوم الأضاحي فكلوها وادخروا » وإنما يجوز أن
يطعم الأغنياء لأنه يجوز له الأكل وهو غني فكذلك غيره ، ويستحب أن لا تنقص الصدقة
عن الثلث لأن النصوص قسمتها بين الأكل والتصدق والادخار فيكون لكل واحد الثلث
وينتفع بجلدها فيها يفرش وينام عليه ، أو يعمل منه آلة تستعمل كالقربة والدلو والسفرة
لما روى عن عائشة أخذت من جلد أضحية سقاء ، أو يشتري به آلة كالمنخل والغربال
ولا يشتري به ما لا ينتفع به إلا بالاستهلاك كالأبازير (١) ونحوها ، لأن المأثور أن ينتفع
به أو يبدله مع بقاء عينه ، ولا يبيعه لقوله عليه الصلاة والسلام « من باع نجدا أضحيته فلا
أضحية له » فإن باعه بشيء من النقود يتصدق به لأن وقت القربة قد فات فيتصدق به ،
كذا رواه محمد . قال (ويكره أن يذبحها الكتاني) لأنها عبادة ، وإن ذبحها جاز لأنه من
أهل التذكية ، والأولى أن يذبحها بنفسه إن كان يحسن الذبح لأنها عبادة ، فإذا فعله
بنفسه كان أفضل كما في سائر العبادات ، والنبي عليه الصلاة والسلام « ضحى بكبشين
أملحين يذبح ويكبر ويسمى » رواه أنس . وروى جابر « أنه عليه الصلاة والسلام ضحى
بكبشين وقال حين وجههما وجهي للذي فطر السموات والأرض حنيفا مسلما ؛
اللهم ملكك ولك ، عن محمد وأمهت بسم الله الله أكبر » وإن كان لا يحسن الذبح فالأولى
أن يوليها غيره ، ويستحب أن يحضرها إن لم يذبحها ، لقوله عليه الصلاة والسلام « يا فاطمة

(١) قوله الأبازير : هي التوابل .

وَكُوْذَبَحْ أَضْحِيَّةٌ غَيْرُهُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ جَازَ (ز) ، وَكُوْ غَلِطَ فَدَبَحَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَضْحِيَّةَ الْآخَرِ جَازَ ، وَيَأْخُذُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَضْحِيَّتَهُ مِنْ صَاحِبِهِ مَذْبُوحَةً وَمَسْلُوحَةً وَلَا يَضْمَنُهُ ، فَإِنْ أَكَلَاهَا ثُمَّ عَلِمَا فَلَيْتَحْلَلَا وَيُخْرِجَاهَا وَإِنْ تَشَاجَرَا ضَمِنَ كُلُّ لِيَصَاحِبِهِ قِيَمَةَ لَحْنِهِ .

بنت محمد قومي فاشهدى أضحيته ، فانه يغفر لك بأول قطرة تنطر من دمها إلى الأرض كل ذنب ، أما إنه يباح بدمها ولحمها فيوضع في ميزانك وسبعون ضعفا ، قال أبو سعيد الخدري : يأنى الله هذا لآل محمد خاصة فأنهم أهل لما خصوا به من الخير ، أم لآل محمد والمسلمين عامة ؟ قال : لآل محمد والمسلمين عامة . قال (ولو ذبح أضحية غيره بغير أمره جاز) استحسانا ولا يجوز قياسا ، وهو قول زفر ، لأنه ذبح شاة غيره بغير أمره فيضمن ، كما إذا ذبح شاة قصاب ، وإذا ضمن لا يميزه عن الأضحية . وجه الاستحسان أنه لما اشتراها للأضحية فقد تمت للذبح أضحية حتى وجب عليه أن يضحي بها فصار مستعينا بكل من كان أهلا للذبح على ذبحها آذنا له دلالة ، لأنه ربما يعجز عن إقامتها لعارض يعرض له فصار كما إذا ذبح شاة شد القصاب رجلها ليذبحها ، وإن كان تفرته المباشرة وحضورها ، لكن يحصل له تعجيل البر وحصول مقصوده بالتضحية بما عينه فيرضى به ظاهرا . قال (ولو غلطا فذبح كل واحد منهما أضحية الآخر جاز) وفيه قياس واستحسان كما تقدم (ويأخذ كل واحد منهما أضحيته من صاحبه مذبوحة ومسلوخة ولا يضمنه) لأنه وكيله دلالة كما مر (فإن أكلاها ثم علما فليتحللا ويخرجهما) لأنه لو أطمع كل واحد منهما صاحبه ابتداء جاز (وإن تشاجرا) (١) ضمن كل لصاحبه قيمة لحمة (لأن التضحية لما وقعت لصاحبه كان اللحم له ، ومن أثلث لحم الأضحية غيره ضمنه ، ثم يتصدق كل واحد منهما بما أخذ من القيمة لأنه بدل لحم الأضحية ، فصار كما لو باع أضحيته . فقير اشترى أضحية فباعت فاشترى أخرى ثم وجد الأولى فعليه أن يضحي بها ، لأن الواجب على الفقير بالشراء بنية الأضحية بمنزلة التبر عرفا ، والشراء قد تعدد ، بخلاف الفتي لأن الوجوب عليه بالإيجاب الشرع ، والشرع لم يوجب عليه إلا مرة واحدة . وذكر الزعفراني : إن أوجب الثانية إيجابا مستأنفا فعليه أن يضحي بها ، وإن أوجبها بدلا عن الأولى فله أن يبيع أيهما شاء ، لأن الإيجاب متحد فالحمد الواجب ، والله أعلم .

(١) قوله تشاجرا . في نسخة أخرى : تشاحا .

كتاب الجنایات

الْقَتْلُ الْمُتَعَلِّقُ بِالْأَحْكَامِ خَمْسَةٌ : عَمْدٌ ، وَشِبْهُ عَمْدٍ ، وَخَطَأٌ ، وَمَا أَجْرَى مُجْرَى الْخَطِئِ ، وَالْقَتْلُ بِسَبَبٍ .

كتاب الجنایات

وهي جمع جنایة ، والجنایة : كل فعل محظور يتضمن ضرراً ، ويكون تارة على نفسه ، وتارة على غيره ، يقال : جنى على نفسه وجنى على غيره ، فالجنایة على غيره تكون على النفس وعلى الطرف وعلى العرض وعلى المال ، والجنایة على النفس تسمى قتلًا أو صلبًا أو حرقًا ، والجنایة على الطرف تسمى قطعًا أو كسرًا أو شجًا ، وهذا الباب لبيان هاتين الجنایتين وما يجب بهما . والجنایة على العرض نوعان : قذف وموجبه الحد وقد بيناه . وغيبة وموجبها الإثم ، وهو من أحكام الآخرة . والجنایة على المال تسمى غصبًا أو خيانة أو سرقة وقد بيناهما وموجبها في كتابي السرقة والغصب يعون الله تعالى . ثم القصاص مشروع ثبتت شرعيته بالكتاب والسنة وإجماع الأمة . أما الكتاب فقوله تعالى - يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص - الآية . وقوله - ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً - أي أثبتنا لوليه سلطة القتل . والسنة قوله عليه الصلاة والسلام « من قتل قتلناه » وقوله عليه الصلاة والسلام « كتاب الله القصاص » وعليه الإجماع والعقل ، والحكمة تقتضي شرعيته أيضاً ، فإن الطباع البشرية والأنفس الشريرة تميل إلى الظلم والاعتداء وترغب في استيفاء الزائد على الابتداء سيما سكان البوادي وأهل الجهل المعادلين عن سنن العقل والعدل كما نقل من عاداتهم في الجاهلية ، فلو لم تشرع الجزية الزاجرة عن التعدى والقصاص من غير زيادة ولا انتقاص لتجرأ ذوو الجهل والحمية والأنفس الآية على القتل والقتل في الابتداء وإضعاف ما جنى عليهم في الاستيفاء ، فيؤدى ذلك إلى التفاتى ، وفيه من الفساد ما لا يحصى ، فاقضت الحكمة شرع العقوبات الزاجرة عن الابتداء في القتل والقصاص المانع من استيفاء الزائد على المثل فورد الشرع بذلك لهذه الحكمة حسمًا عن مادة هذا الباب فقال - . لكم في القصاص حياة يا أولى الألباب - .

قال (القتل المتعلق بالأحكام خمسة : عمد ، وشبه عمد ، وخطأ ، وما أجرى مجرى الخطأ ، والقتل بسبب) ومعناه القتل الواقع ابتداء بغير حق الذي يتعلق به القصاص أو الدية والكمفارة هذه الخمسة ، وبيان الحصر أن القتل لا يخلو إما أن كان مباشرة أولاً ، فإن لم يكن مباشرة فهو القتل بسبب ؛ وإن كان مباشرة ، فلما إن كان عمداً أو خطأ ، فإن كان عمداً

فَالْعَمْدُ : أَنْ يَتَعَمَّدَ الضَّرْبَ بِمَا يُفَرِّقُ الْأَجْزَاءَ : كَالسَّيْفِ وَالْيَقْظَةِ وَالْمِرَّةِ
وَالنَّارِ ، وَحُكْمُهُ الْمَأْتَمُّ وَالْقَوْدُ ، إِلَّا أَنْ يَعْتَمِدَ الْأَوَّلِيَاءُ ، أَوْ وَجُوبُ الْمَالِ
عِنْدَ الْمَصْلَحَةِ بِرِضَى الْقَاتِلِ فِي مَالِهِ ،

فَإِذَا كَانَ بِلَا سِلَاحٍ وَمَا شَبَّهِهُ فِي تَفْرِيقِ الْأَجْزَاءِ أَوْ بغيرِ ذَلِكَ ؛ فَإِنْ كَانَ فَهُوَ الْعَمْدُ ، وَإِنْ
كَانَ بغيرِهِ فَهُوَ شِبْهُ الْعَمْدِ ، وَإِنْ كَانَ خَطَا ، فَأَمَّا إِنْ كَانَ حَالَةُ الْيَقْظَةِ أَوْ حَالَةُ النَّوْمِ ، فَإِنْ
كَانَ حَالَةُ الْيَقْظَةِ فَهُوَ الْخَطَا ، وَإِنْ كَانَ حَالَةُ النَّوْمِ فَهُوَ الذَّبِي أَوْ جَرَى مَجْرَاهُ ، وَلَوْ قِيلَ قَتَلَ
الْمَكْرَهَ لَيْسَ بِمَبْشَرَةٍ مِنَ الْمَكْرَهِ وَقَدْ جَعَلْتُمُوهُ عَمْدًا حَتَّى أَوْجِبْتُمْ عَلَيْهِ الْقَصَاصَ . قُلْنَا لِمَا كَانَ
الْمَكْرَهَ مَطْلُوبَ الْإِخْتِيَارِ لَمْ يَصِفْ الْفِعْلُ إِلَيْهِ فُجْعَلَتْهُ كَالْآلَةِ فِي يَدِ الْمَكْرَهِ وَانْتَقَلَ فَضْلُهُ إِلَيْهِ ،
فَكَانَ الْمَكْرَهَ قَتْلَهُ بِآلَةٍ أُخْرَى فَصَارَ مَبْشَرَةً تَقْدِيرًا وَشَرْعًا ، وَتَمَامَهُ يَعْرِفُ فِي الْإِكْرَاهِ . قَالَ
(فَالْعَمْدُ أَنْ يَتَعَمَّدَ الضَّرْبَ بِمَا يَفْرُقُ الْأَجْزَاءَ كَالسَّيْفِ وَالْيَقْظَةِ وَالْمِرَّةِ وَالنَّارِ) لِأَنَّ الْعَمْدَ
فُضِلَ الْقَلْبُ لِأَنَّهُ الْقَصْدُ ، وَذَلِكَ لَا يَوْقِفُ عَلَيْهِ إِلَّا بِدَلِيلِهِ وَهُوَ مَبْشَرَةُ الْآلَةِ الْمَوْجِبَةُ لِلْقَتْلِ
عَادَةً ، وَأَنَّهُ مَوْجُودٌ فِيهِ ذِكْرُنَاهُ فَكَانَ عَمْدًا ، وَلَوْ قَتَلَهُ بِحَدِيدٍ أَوْ صَفَرٍ غَيْرِ مَحْدَدٍ كَالْعَمُودِ
وَالسَّنَجَةِ وَنَحْوِهَا فِيهِ رَوَايَتَانِ فِي ظَاهَرِ الرِّوَايَةِ هُوَ عَمْدٌ نَظَرًا إِلَى أَنَّهُ أَصْلُ الْآلَةِ ، وَفِي رَوَايَةٍ
الطَّحَاوِيِّ لَيْسَ بِعَمْدٍ لِأَنَّهُ لَا يَفْرُقُ الْأَجْزَاءَ ؛ وَلَوْ طَعَنَهُ بِرِمَحٍ لِأَسْنَانٍ لَهُ فَجَرَحَهُ فَهُوَ عَمْدٌ
لِأَنَّهُ إِذَا فَرَّقَ الْأَجْزَاءَ فَهُوَ كَالسَّيْفِ . وَرَوَى أَبُو يُوسُفَ عَنْ أَبِي خَنِيفَةَ فِيمَنْ ضَرَبَ رَجُلًا
بِلِيطَةٍ وَمَا شَبَّهَهُ عَمْدًا فَاتَ لِقَوْدٍ فِيهِ ؛ وَفِي الْمَسْأَلَةِ وَنَحْوِهَا الْقَوْدُ لِأَنَّ الْإِيرَةَ لَا يَقْصِدُ بِهَا الْقَتْلَ
عَادَةً وَيَقْصِدُ بِالسَّلَةِ ، وَفِي رَوَايَةٍ أُخْرَى إِنْ غَرَزَ بِالْإِيرَةِ فِي الْقَتْلِ قَتْلًا وَلَا فَلَ . قَالَ
(وَحُكْمُهُ الْمَأْتَمُّ وَالْقَوْدُ) أَمَّا الْمَأْتَمُّ فَبِالْإِجْمَاعِ ، وَقَوْلُهُ تَعَالَى - وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا
فَعِزَّاهُ جَهَنَّمَ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ - وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « الْآدَى بَيْنَ
الرَّبِّ مَلْعُونٌ مِنْ هَدْمِهِ » وَالتَّصَوُّصُ فِيهِ كَثِيرَةٌ . وَأَمَّا الْقَوْدُ فَلَقَوْلُهُ تَعَالَى - كَتَبَ عَلَيْكُمْ
الْقَصَاصَ فِي الْقَتْلِ - وَالْمُرَادُ بِهِ الْعَمْدُ لِأَنَّهُ لِقَصَاصٍ فِي غَيْرِهِ ، وَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ
« الْعَمْدُ قَوْدٌ » أَيْ حُكْمُهُ وَمَوْجِبُهُ . قَالَ (إِلَّا أَنْ يَعْتَمِدَ الْأَوَّلِيَاءُ) لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُمْ قَالَ (لَوْ
وَجُوبُ الْمَالِ عِنْدَ الْمَصْلَحَةِ بِرِضَى الْقَاتِلِ فِي مَالِهِ) لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ ، فَإِذَا صَالِحٌ عَلَيْهِ بِوَجْهِ
وَرِضَى غَيْرِهِ قَلِيلًا كَانَ أَوْ كَثِيرًا جَازَ كَمَا فِي سَائِرِ الْحَقُوقِ ، وَيَجِبُ فِي مَالِ الْقَاتِلِ لِقَوْلِهِ
عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « لَا تَقْتُلِ الْعَاقِلَةَ عَمْدًا وَلَا صِلَحًا » وَهَذَا عَمْدٌ وَصَلَحٌ فَلَا تَحْتَمِلُهُ الْعَاقِلَةُ
فَيَجِبُ فِي مَالِهِ عَلَى مَاشَرُطَا مِنَ التَّأْجِيلِ وَالتَّعْجِيلِ وَالتَّنْجِيمِ ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ
« الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ » فَإِذَا لَمْ يَذْكُرْ شَيْئًا فَهُوَ حَالُ كَسَائِرِ الْمَعَاوِضَاتِ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ ،
وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَى - فَمَنْ عَفَى عَنْهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدِّهِ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ -
وَالْمُرَادُ بِهِ الصَّلَحُ ، وَهَذَا لِأَنَّ مَوْجِبَ الْعَمْدِ الْقَوْدُ عَيْنًا فَلَا يَجِبُ الْمَالُ إِلَّا بِالصَّلَحِ بِرِضَا
الْقَاتِلِ ، بَيَانُهُ قَوْلُهُ تَعَالَى - وَكُنْتُمْ عَلَيْهِمْ فِي أَنْ تَنْفُسَ بِنَفْسٍ - فَلَوْ وَجِبَ الْمَالُ لِأَحَدِهِمَا

أَوْ صَلَحَ بَعْضُهُمْ أَوْ عَفُوهُ ، فَتَجِبُ بَقِيَّةُ الدِّيَةِ عَلَى الْعَاقِلَةِ ، أَوْ عِنْدَ تَعَدُّرِ اسْتِيفَائِهِ لِشُبْهَةِ كَقَتْلِ الْآبِ ابْنَهُ فَتَجِبُ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثَ سِنِينَ ؛ وَلَا كُفَّارَةَ فِي الْعَمْدِ . وَحِثُّ الْعَمْدِ : أَنْ يَتَّعَمِدَ الضَّرْبَ بِمَا لَا يَفْتَرِقُ (م) الْأَجْزَاءَ : كَالْحَجَرِ وَالْعَصَا وَالْيَدِ ،

لَا يَكُونُ النَّفْسُ بِالنَّفْسِ ، وَشَرِيعَةٌ مِنْ تَقَدُّمَاتِ تَلْزَمُنَا إِلَّا أَنْ يَثْبُتَ النِّسْبُ ، وَجَمِيعُ أَحَادِيثِ التَّخْيِيرِ بَيْنَ الْقَصَاصِ وَالِدِيَةِ أَخْبَارُ أَحَادٍ لَا يَنْسَخُ بِهَا الْكِتَابُ ، وَقَوْلُهُ تَعَالَى - كَتَبَ عَلَيْكُمُ الْقَصَاصَ - وَهُوَ الْمِثْلَةُ لَعَنَ ، وَالْمِثْلَةُ بَيْنَ النَّفْسِ وَالنَّفْسِ لَا يَلِيهَا وَبَيْنَ الْمَالِ ، أَوْ نَقُولُ ذَكَرَ الْقَصَاصَ وَلَمْ يَذْكُرِ الدِّيَةَ ، فَلَوْ ثَبَتَ التَّخْيِيرُ أَوْ الدِّيَةُ لَثَبَتَ بِخَيْرِ الْوَاحِدِ وَأَنَّهُ زِيَادَةٌ عَلَى الْكِتَابِ ، وَالزِّيَادَةُ نَسْخٌ وَالتَّخْيِيرُ بَعْدُ . وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « الْعَمْدُ قَوْدٌ » وَقَالَ « كِتَابُ اللَّهِ الْقَصَاصُ » وَقَدْ مَرَّ التَّسْلُكُ بِهِ . قَالَ (أَوْ صَلَحَ بَعْضُهُمْ أَوْ عَفُوهُ ، فَتَجِبُ بَقِيَّةُ الدِّيَةِ عَلَى الْعَاقِلَةِ (١)) لِأَنَّهُ حَقٌّ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ الْوَرِثَةِ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَرَثَتْ امْرَأَةٌ أَشْهُمُ الضَّيْبَانِ مِنْ عَقْلِهِ ، وَإِذَا كَانَ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمْ فَلِكُلِّ مِّنْهُمُ الْعَفْوُ عَنْ نَصِيْبِهِ ؛ وَالصَّلَاحُ عَنْهُ كَثِيرُهُ مِنَ الْحَقُوقِ ، فَإِذَا صَلَحَ الْبَعْضُ أَوْ عَفَا تَعَدَّرَ الْقَصَاصُ لِأَنَّهُ لَا يَتَجَزَّأُ وَقَدْ سَقَطَ الْبَعْضُ فَيَسْقُطُ الْبَاقِي ضَرُورَةً ، وَإِذَا سَقَطَ انْقَلَبَ نَصِيْبُ الْبَاقِي مَا لَا ثَلَاثَ سِقْطٍ لَا إِلَى عَوْضٍ ، وَلَا يَجِبُ عَلَى الْقَاتِلِ أَنْ يَتَّعَمِدَ مَا أَوْجَبَهُ عَلَيْهِ كَمَا مَرَّ وَلَا التَّزِمُهُ فَيَجِبُ عَلَى الْعَاقِلَةِ لِأَنَّهُ وَجِبَ بِغَيْرِ قَصْدٍ مِنَ الْقَاتِلِ فَصَارَ كَالْخَطَا ، وَلَيْسَ لِلْعَاقِلِ مِنْهُ شَيْءٌ لِّسُقُوطِ حَقِّهِ بِعَفْوِهِ . قَالَ (أَوْ عِنْدَ تَعَدُّرِ اسْتِيفَائِهِ لِشُبْهَةِ كَقَتْلِ الْآبِ ابْنَهُ فَتَجِبُ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثَ سِنِينَ) وَهَذَا لِأَنَّ الْآبَ لَا يَقْتُلُ بَابْنِهِ ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « لَا يَقَادُ وَالِدٌ بَوْلَدِهِ » وَلِأَنَّهُ جُزْءُهُ ، فَأُورِثَ شُبْهَةُ فِي الْقَصَاصِ فَسَقَطَ . ، وَإِذَا سَقَطَ الْقَصَاصُ تَجِبُ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ لِأَنَّهُ عَمْدٌ ، وَتَجِبُ فِي ثَلَاثَ سِنِينَ لِمَا بَاقَى إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . قَالَ (وَلَا كُفَّارَةَ فِي الْعَمْدِ) لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمْ يُوجِبْهَا فِيهِ حَيْثُ لَمْ يَذْكُرْهَا وَلَوْ وَجِبَتْ لَذَكَرَهَا كَمَا ذَكَرَهَا فِي الْخَطَا وَلِأَنَّهُ كَبِيرَةٌ ، وَفِي الْكُفَّارَةِ مَعْنَى الْعِبَادَةِ فَلَا يَتَلَقَّى بِهَا وَلَا يُقَاسُ عَلَى الْخَطَا لِأَنَّ جَنَايَةَ الْعَمْدِ أَعْظَمُ ، فَلَا يَلْزَمُ مِنْ رَفْعِهَا لِلْأَدْنَى رَفْعُهَا لِلْأَعْلَى . قَالَ (وَحِثُّ الْعَمْدِ : أَنْ يَتَّعَمِدَ الضَّرْبَ بِمَا لَا يَفْتَرِقُ الْأَجْزَاءَ كَالْحَجَرِ وَالْعَصَا وَالْيَدِ) وَقَالَ : إِذَا ضَرَبَهُ بِحَجَرٍ عَظِيمٍ أَوْ خَشَبَةٍ عَظِيمَةٍ فَهُوَ عَمْدٌ ؛ وَحِثُّ الْعَمْدِ عِنْدَهُمَا أَنْ يَتَّعَمِدَ الضَّرْبَ بِمَا لَا يَقْتُلُ غَالِبًا كَالسُّوْطِ وَالْعَصَا الصَّغِيرَةِ ، لِأَنَّ مَعْنَى الْعَمْدِ قَاصِرَةٌ فِيهَا لِمَا أَنَّهُ لَا يَقْتُلُ عَادَةً ، وَيَقْصُدُ بِهِ غَيْرَ الْقَتْلِ كَالْتَأْدِيبِ وَنَحْوِهِ فَكَانَ شَبْهَ الْعَمْدِ ؛ أَمَّا الَّذِي لَا يَلِيْثُ وَلَا يَتَقَاصَرُ عَنْ عَمَلِ السَّيْفِ

(١) قَوْلُهُ عَلَى الْعَاقِلَةِ ، فِيهِ نَظَرٌ ، فَإِنَّهُ ذَكَرَ فِي الْمَرْجَأِ وَالْكَافِ وَالْحُدَادِ وَغَيْرِهِمْ مِنْ كِتَابِ الْحَنْفِيَةِ أَنَّ الدِّيَةَ فِي مَالِهِ لِقَاتِلِهِ ، كَمَا فِيهَا مِنْ بَعْضِ النِّسْبِ .

وَمَوْجِبُهُ الْإِثْمُ وَالْكَفَّارَةُ وَالِدِيَّةُ مُفْلَظَةٌ عَلَى الْعَاقِلَةِ ، وَهُوَ عَمْدٌ فِيهِ دُونَ النَّفْسِ . وَالْخَطَأُ أَنْ يَرْمَى شَخْصًا يَظُنُّهُ صَيِّدًا ، أَوْ حَرْبِيًّا ، فَإِذَا هُوَ مُسْلِمٌ ، أَوْ يَرْمِي غَرَضًا فَيَصِيبُ دَمِيًّا ، وَمَوْجِبُهُ الْكَفَّارَةُ وَالِدِيَّةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ ، وَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ .

فِي لُزْهَاقِ الزَّوْجِ فَيَكُونُ عَمْدًا . وَرَوَى أَنَّ يَهُودِيَا رَضَخَ رَأْسَ جَارِيَةٍ بِالْحَجَرِ ، فَأَمَرَ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بِالْقصاصِ . وَلَأَنِّي حَنِيفَةٌ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « أَلَا إِنَّ قَتْلَ خَطَا الْعَمْدِ قَتْلُ السُّوْطِ وَالْعَصَا ، وَفِيهِ مِائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ » مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ بَيْنَ عَصَا وَعَصَا . وَرَوَى النُّعْمَانُ بْنُ بَشِيرٍ عَنِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ قَالَ « كُلُّ شَيْءٍ خَطَأٌ إِلَّا السِّيفُ ، وَفِي كُلِّ خَطَأٍ أَرُشٌ » وَعَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ : شَبَّهَ الْعَمْدَ : الْحَلِيقَةَ (١) بِالْعَصَا وَالْقَلْبَةَ بِالْحَجَرِ ، فَالْتَبَّيْتُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ مِمَّا خَطَأَ الْعَمْدَ لِأَنَّهُ عَمْدٌ مِنْ جِهَةِ الْقَتْلِ خَطَأٌ مِنْ جِهَةِ الْحُكْمِ ، لِأَنَّ آتِلَهُ لَيْسَتْ آتِلَةُ الْعَمْدِ ، وَلِأَنَّ مَعْنَى الْعَمْدِيَّةِ فِيهِ قَاصِرٌ لِكُونِهِ آتِلٌ غَيْرُ مَوْضُوعَةٍ لِلْقَتْلِ وَلَا مُسْتَعْمَلَةٌ فِيهِ ، وَهَذَا لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ قَتْلُهُ بِهَا عَلَى غَرَّةٍ مَتَى يُمْكِنُ الْإِحْتِرَازُ مِنْهُ ، بِخِلَافِ السِّيفِ وَأَنْوَاعِهِ فَانْهَاجَتْ تَسْتَعْمَلُ عَلَى غَرَّةٍ مِنَ الْمَقْتُولِ فَكَانَ شَبَّهَ الْعَمْدَ كَالْعَصَا وَالسُّوْطِ الصَّغِيرَيْنِ ، وَلِأَنَّ الْقَتْلَ إِضْطَادَ صُورَةٍ وَمَعْنَى : أَمَّا صُورَةُ فَيَقْتَضِي التَّرْكِيبَ ، وَأَمَّا مَعْنَى فُلُافْسَادِ الْمَنَافِعِ ، وَقَدْ وَجَدَ الْقَتْلَ هَهُنَا مَعْنَى لِاصُورَةِ ، فَلَوْ وَجَبَ الْقصاصُ وَأَنَّهُ يَجِبُ بِالسِّيفِ عَمَلًا بِالْحَدِيثِ يَكُونُ قَتْلًا صُورَةً وَمَعْنَى فَلَا تَوْجِدُ الْمِثْلَةَ الْوَاجِبَةَ بِالنَّصِّ ، وَأَمَّا الْيَهُودِيُّ فَالْتَبَّيْتُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَتْلَهُ سِيَّامَةً ، فَانْهَ رَوَى أَنَّهُ كَانَ اعْتَادَ ذَلِكَ ، وَعِنْدُنَا مَتَى تَكَرَّرَ مِنْ ذَلِكَ فَلِلْإِمَامِ أَنْ يَقْتُلَهُ سِيَّامَةً . قَالَ (وَمَوْجِبُهُ الْإِثْمُ) لِأَنَّهُ قَتْلٌ عَنْ قَصْدٍ (وَالْكَفَّارَةُ) لِشَبَّهَ بِالْخَطَأِ ، وَفِيهَا مَعْنَى الْعِبَادَةِ فَيَحْتَاطُ فِي إِجْمَاعِهَا (وَالِدِيَّةُ مُفْلَظَةٌ عَلَى الْعَاقِلَةِ) لِأَنَّ كُلَّ دِيَّةٍ تَجِبُ بِالْقَتْلِ مِنْ غَيْرِ صَلَاحٍ وَلَا عَفْوٍ لِبَعْضِ فَانْهَاجَتْ عَلَى الْعَاقِلَةِ عَلَى مَا يَأْتِي فِي الدِّيَّاتِ ، وَمَنْبَيْنِ كَيْفِيَّةٍ وَجُوهِيَّةٍ وَالتَّغْلِيظُ وَقَدْ رُفِئَتْ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . قَالَ (وَهُوَ عَمْدٌ فِيهِ دُونَ النَّفْسِ) لِأَنَّ لُتْلَافَ النَّفْسِ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْآتِلَةِ ، وَمَا دُونَهَا لَا يَخْتَصُّ بِآتِلَةِ دُونَ آتِلَةٍ ، فَبَقِيَ الْمُعْتَبَرُ تَعَمُّدُ الضَّرْبِ وَقَدْ وَجَدَ فَكَانَ عَمْدًا . قَالَ (وَالْخَطَأُ أَنْ يَرَى شَخْصًا يَظُنُّهُ صَيِّدًا أَوْ حَرْبِيًّا فَإِذَا هُوَ مُسْلِمٌ) وَهُوَ خَطَأٌ فِي الْقَصْدِ (أَوْ يَرَى غَرَضًا فَيَصِيبُ دَمِيًّا) وَهُوَ خَطَأٌ فِي الْفِعْلِ (وَمَوْجِبُهُ الْكَفَّارَةُ وَالِدِيَّةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ) . لِقَوْلِهِ تَعَالَى - وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمَنَةٌ وَدِيَّةٌ مُسْلَمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ - (وَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ) قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : رَفَعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنَّسْيَانَ ، الْحَدِيثُ ، وَقِيلَ الْمُنَى إِثْمُ الْقَتْلِ ، وَإِنَّمَا يَأْتِي مِنْ حَيْثُ تَرَكَ الْإِحْتِرَازَ وَالتَّهَيُّبَ حَالَةَ الرَّمْيِ ، وَلِهَذَا وَجِبَتْ الْكَفَّارَةُ .

(١) قَوْلُهُ الْحَلِيقَةُ ، قَالَ فِي مَخْتَارِ الصَّحَاحِ : حَذَفَهُ بِالْعَصَا : رَمَاهُ بِهَا .

وما أجرى مجرى الخطأ : مثل النائم ينقلب على إنسان فيقتله فهو كالخطأ .
والقتل بسبب : كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وغناؤه فيعطى
به إنسان ، وموجبه الدية على العاقلة لا غير ، وكل ذلك يوجب حرمان
الإرث إلا القتل بسبب ، ولو مات في البئر غمًا أو جوعًا فهو هدر (سنم) ،
والكفارة عتق رقبة مؤمنة فن لم يجد فصيام شهرين متتابعين .
ويقتل الحر بالحر وبالعبد .

قال (وما أجرى مجرى الخطأ : مثل النائم ينقلب على إنسان فيقتله فهو كالخطأ) في الحكم
لأن النائم لأصده له فلا يوصف فعله بالعمد ولا بالخطأ ، إلا أنه في حكم الخطأ لحصول
الموت بفعله كالخطأ . قال (والقتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه
وغناؤه فيعطى به إنسان ، وموجبه الدية على العاقلة لا غير) لأنه متعد فيها وضعه وحفره
فيحصل دافعًا ومقاضيًا فتجب الدية على العاقلة ، ولا يائمه فيه لعدم قصد ، ولا كفارة عليه
لأنه لم يقتل حقيقة ، وإنما الحنفاء بالقتال في حق الضمان في ما وراه على الأصل ، وسواء
كان الواقع حرًا أو عبدًا أو دابة فضائه عليه ، بذلك قضى شريح بمحضر من الصحابة من
غير تكبير منهم ، ولوسقاه سما فقتله فهو مسبب لأنه لم يقتله مباشرة ولا هو موضوع للقتل ،
ولهذا يختلف باختلاف الطبائع ، وإن دفعه إليه فشر به فلا شيء عليه ولا على عاقلته ،
لأن الشارب هو الذي قتل نفسه ، فصارت كما إذا تعمد الوقوع في البئر . قال (وكل ذلك
وجب حرمان الإرث إلا القتل بسبب) قال عليه الصلاة والسلام « لا ميراث لقاتل »
والمسبب ليس بقاتل ولا متهم ، لأنه لا يعلم أن موثره يقع في البئر وهو متهم في الخطأ لاحتمال
أنه قصد ذلك في الباطن . قال (ولو مات في البئر غمًا أو جوعًا فهو هدر) وقال محمد :
يضمن الحافر فيهما . وقال أبو يوسف : يضمن في النعم دون الجوع ، لأن النعم بسبب
البئر والوقوع فيها ، أما الجوع بسبب فقد الطعام ولا مبلغ للبئر في ذلك . ولمحمد أن الجوع
أيضًا بسبب الوقوع إذ لولاه لكان الطعام قريبًا منه . ولأبي حنيفة أنه لم يمت بالوقوع فلا
يضمن ، وإنما مات لمخفى في نفسه وهو الجوع والنعم ، وذلك غير مضاف إلى الحافر فلا
يكون مسببًا . قال (والكفارة عتق رقبة مؤمنة ، فن لم يجد فصيام شهرين متتابعين) لقوله
تعالى - فدية مسلمة إلى أهله وتجبر رقبة مؤمنة فن لم يجد فصيام شهرين متتابعين - ولا
يجزى فيها الطعام لأن الكفارات لا تعلم إلا نصًا ولا نصًا فيه .

فصل

(ويقتل الحر بالحر وبالعبد) أما الحر بالحر فلا خلاف فيه ، قال تعالى - الحر بالحر - .

والرجل بالمرأة ، والصغير الكبير ، والمسلم بالذمي (ف) . ولا يقتل بالمستأمن ، ويقتل المستأمن بالمستأمن ، ويقتل الصحيح بالزمن والأعشى والمجنون ويناقص الأطراف ؛ ولا يقتل الرجل بولده ، ولا بعبد ، ولا بعبد ولده ، ولا بمكاتبه ؛ ومن ورث قصاصاً على أبيه سقط ، والأم والأجداد والجدات من أي جهة كانوا كالأب ، ومن جرح رجلاً عمداً قُتِلَ فعليه القصاص ،

وأما الحرّ بالعبد فقلوه تعالى - النفس بالنفس - وقال عليه الصلاة والسلام : « المسلمون متكافؤ دماؤهم » ولأنهما تساويا في عصمة الدم فيجب القصاص للمساواة ، وقوله تعالى - الحرّ بالحرّ - لا يدلّ على عدم جواز قتل الحرّ بالعبد لأنه تخصيص بالذكر فلا يدلّ على نفي ما سواه ؛ ألا يرى أنه يقتل العبد بالحرّ والذكر بالأنثى والأنثى بالذكر فلا حجة فيه ونحن نعمل به ويقول - النفس بالنفس - وبالحدّث فكان أولى من العمل به خاصة . قال (والرجل بالمرأة ، والصغير الكبير) لإطلاق النصوص . قال (والمسلم بالذمي) لما روى جابر « أن النبيّ عليه الصلاة والسلام قاد مسلماً بذنيّ وقال : أنا أحقّ من وقى بدمته » ولاستوائهما في العصمة المؤبدة ، ولأن عدم القصاص تغير لهم عن قبول عقد النمة وفيه من الفساد ما لا يخفى ، والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام « لا يقتل مسلم بكافر » الحرّ ، لأن الكافر متى أطلق يتصرف إلى الحرّ عادة وعرفاً فيصرف إليه توفيقاً بين الحديتين (ولا يقتل) يعني المسلم والذي (بالمستأمن) لعدم التساوى فانه غير محقون الدم على التأييد وحرابه يوجب لإباحة دمه ، فانه على عزم العود والمخاربة . وعن أبي يوسف أنه يقتل به اعتباراً بالعهد وصار كالذي وجوبه مرّ (ويقتل المستأمن بالمستأمن) للمساواة . وقيل لا يقتل ، وهو الاستحسان لقيام المبيع . قال (ويقتل الصحيح بالزمن والأعشى والمجنون ويناقص الأطراف) لما تقدّم من العمومات ، ولأننا لو اعتبرنا التفاوت فيها وراء العصمة من الأطراف والأوصاف لامتنع القصاص وأدى ذلك إلى التفاضل والتفاني . قال (ولا يقتل الرجل بولده ، ولا بعبد ، ولا بعبد ولده ، ولا بمكاتبه) قال عليه الصلاة والسلام « لا يحدّ والد بولده ولا سيد بعبد » ولأن الإنسان لا يجب لنفسه على نفسه قصاص ، ولا لولده عليه لما تقدّم ، والمدير وأم الولد كالعبد ، وكلنا لا يقتل بعبد ملك بعضه ، لأن القصاص لا يتجزأ . قال (ومن ورث قصاصاً على أبيه سقط) لأن الابن لا يثبت له قصاص على الأب لما مرّ (والأم والأجداد والجدات من أي جهة كانوا كالأب) لما بينهما من الجزئية ، ولأنهم كانوا النسيب في إجماعه فصاروا كالأب . قال (ومن جرح رجلاً عمداً قُتِلَ فعليه القصاص) معناه إذا مات منها بأن لم يعرض له عارض آخر يضاف الموت إليه لأنه قتله

ولا يُستوفى القصاص إلا بالسيف ، ولا قصاص على شريك الأب والمولى والخاطيء والصبي والمجنون وكل من لا يجب القصاص بقتله ، وإذا قُتل عبد الرهن فلا قصاص حتى يجتمع الرهن والمرتهن ، وإذا قُتل المكاتب عن وفاء وآله ورثة غير المولى فلا قصاص أصلاً ، وإن لم يترك وفاء فالقصاص للمولى ، وإن قُتل عن وفاء ولا وارث له إلا المولى فله القصاص (م) ، وإذا كان القصاص بين كبار وصغار فللكبار الاستيفاء (سم)

عدا فيجب القصاص . قال (ولا يستوفى القصاص إلا بالسيف) قال عليه الصلاة والسلام « لا قود إلا بالسيف » والمراد به السلاح . قال (ولا قصاص على شريك الأب والمولى والخاطيء والصبي والمجنون وكل من لا يجب القصاص بقتله) لأنه قتل حصل بسببين : أحدهما غير موجب للقود وهو لا يتجزى فلا يجب ، لأن الأصل في الدماء الحرمه ، والنصوص الموجبة للقصاص مختصة بحالة الانفراد وموضع يمكن القصاص وهو غير ممكن هنا لعدم التجزى فلا يتناوله النص ، ثم من يجب عليه القصاص لو انفرد عليه نصف الدية في ماله لأن فعله عبد ، وإنما لم يجب القصاص لتعذر الاستيفاء ، والعاقلة لاتعمل العمد لما رويتنا ، ونصفها الآخر على عاقلة الآخر إن كان صنيباً أو مجنوناً أو خطأ ، لأن الدية تجب فيه بنفس القتل ، فإن عمد الصبي والمجنون خطأ ، قاله علي رضي الله عنه ، وإن كان الأب ففى ماله على ما تقدم . قال (وإذا قتل عبد الرهن فلا قصاص حتى يجتمع الرهن والمرتهن) لأنه تعلق به حق كل واحد منهما ، فالمرتهن لملك له فيه فلا يليه ، والرهن ملكه لكن لو قتله بطل حق المرتهن فاشتراط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن فلا يرجع على الرهن . قال (وإذا قتل المكاتب عن وفاء وله ورثة غير المولى فلا قصاص أصلاً) لاشتباه المولى فإنه إن مات عبداً فالمولى وليه فإن مات حراً فالوارث وليه ، والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم فاشتبه المولى فتعذر الاستيفاء (وإن لم يترك وفاء فالقصاص للمولى) لأنه مات عبداً بالإجماع (وإن قتل عن وفاء ولا وارث له إلا المولى فله القصاص) لأن حق الاستيفاء له حراً مات أو عبداً ، والحكم واحد وهو القود ، واختلاف السبب لا يفضى إلى المنازعة . وقال محمد : لا قصاص لاشتباه سبب الاستيفاء بالولاية أو بالرق ، وجوابه ما مر . قال (وإذا كان القصاص بين كبار وصغار فللكبار الاستيفاء) وقال : ليس للكبار ، وذلك لأنه حق مشترك بينهم فلا ينفرد به أحدهم كالحاضر مع الغائب وأحد المولين . ولأن حنيفة أن القصاص لا يتجزى لأنه ثبت بسبب لا يتجزى وهي القرابة ، فثبت لكل واحد منهم كلاً كولاية الإنكاح والموليان على الخلاف ، والعفو من الصغير غير محتمل ، وفي انتظار بلوغه تقويت الاستيفاء على سبيل الاحتمال ، بخلاف الكبيرين والغائب لأن احتمال العفو

وَإِذَا قُتِلَ وَلِيٌّ الصَّبِيِّ وَالْمَعْتُوهِ فَلِلْأَبِ أَوْ الْقَاضِي أَنْ يَقْتُلَ أَوْ يُصَالِحَ ،
وَلَيْسَ لَهُ الْعَقْدُ ، وَالْوَصِيُّ يُصَالِحُ لَا غَيْرُ ، وَلَا قِصَاصٌ فِي التَّخْنِيقِ .
وَالْتَفْرِيقِ (م) . وَيُقْتَلُ الْجَمَاعَةُ بِالْوَاحِدِ ، وَيُقْتَلُ الْوَاحِدُ بِالْجَمَاعَةِ اكْتِفَاءً
وَإِنْ قُتِلَتْ وَلِيٌّ أَحَدِهِمْ سَقَطَ حَقُّ الْبَاقِينَ ، وَمَنْ رَمَى إِنْسَانًا عَمْدًا فَتَنَكَهَ
مِنْهُ إِلَى آخِرِ وَمَاتَا فَلَا أَوَّلَ عَمْدٍ وَالثَّانِي خَطَأً .

منه ثابت فافترقا ، ولو كان الكل صغارا قيل يستوفى السلطان ، وقيل ينتظر بلوغ أحدهم ،
والجنون والمعتوه كالصبي ، ولأن الصبي مولى عليه ، فإذا استوفاه الكبير كان بغضه أمالة
وبعضه نيابة . قال (وإذا قتل ولي الصبي والمعتوه فللأب أو القاضي أن يقتل أو يصالح
وليس له العفو ، والوصي يصالح لاغير) أما الأب فله ولاية على النفس ، وهذا من باب
شرع لأمر راجع إليها وهو التثني فيثبت له التثني بالقتل كولاية النكاح ، وإذا ثبت له
ولاية القتل ثبت له ولاية الصلح لأنه أنفع للصبي ، وليس له أن يعفو لأنه يبطال الحق
بغير عوض ، وعلى هذا قطع يد المعتوه عمدا ، وكذلك القاضي لأنه بمنزلة السلطان .
ومن قتل ولا ولي له فالسلطان أن يستوفى القصاص ، فكل ذلك القاضي ، وأما الوصي فلا
يملك العفو لما ذكرنا ، ولا القصاص لأنه لا ولاية له على النفس فتعين الصلح صيانة للحق
عن البطالان . قال (ولا قصاص في التخنيق والتفريق) خلافا لهما ، وهى مسألة القتل
بالمقتل ، فإن تكرر منه ذلك فللإمام قتله سياسة لأنه سعى في الأرض الفساد . قال (وتقتل
الجماعة بالواحد) لما مر من العمومات ، ولما روى أن سبعة من صنعاء قتلوا واحدا
فقتلهم عمر رضى الله عنه وقال : لو تمألا عليه أهل صنعاء لقتلهم به ، وذلك بمحض من
الصحابة من غير نكير فكان إجماعا ، وهذا بخلاف ما إذا اجتمعوا على قطع يد حيث
لا يقطعون ، لأن القصاص في النفس يجب بازهاق الروح وأنه لا يتبعض فيصير كل واحد
كالمتفرد في إتلافها . أما القطع يتبعض . فيكون الواحد متلفا بعض اليد ، ولأن الاجتماع
على القتل أكثر فكان شرع الزاجر فيه دفعا لأغلب الجنائتين وأعظمهما فلا يلزم شرعه
لمدفع أذناهما . قال (ويقتل الواحد بالجماعة اكتفاء) وصورته : رجل قتل جماعة فانه
يقتل ولا يجب عليه شيء آخر ، لأنهم إن اجتمعوا على قتله وزهق الروح لا يتبعض
يصير كل واحد منهم مستوفيا جميع حقه لما بينا ، فلا يجب له شيء من الأرض (وإن
قتله ولي أحدهم سقط حق الباقيين) لأن حقهم في القصاص وقد فات ، وصار كما إذا
مات القاتل فانه يسقط القصاص لفوات حقه كذا هذا وصار كوت العبد الجاني . قال
(ومن روى إنسانا عمدا فقتل منه إلى آخر وماتا فالأول عمد) لأنه تعمدا رمية ، وفيه القصاص
على ما بينا (والثاني خطأ) لأنه لم يقصده فكان خطأ لما مر . ومن نهشته حية وعقره سبع

فصل

ولا يجرى القصاص في الأطراف إلا بين مستوي الدية إذا قطعت من
المفصل وتماثلت .

وشج نفسه وشجه آخر ، فعل الشاج ثلث الدية والباقي هلدر لأنه تلف بثلاثة أنواع :
جناية معتبرة في الدنيا والآخرة ، وهي فعل الأجنبي ؛ وجناية هلدر في الدنيا والآخرة ،
وهي فعل السبع والحية ؛ وجناية معتبرة في الآخرة هلدر في الدنيا ، وهو فعله ، فيكون
على الأجنبي ثلث دية النفس لأنه أتلف الثلث .

فصل

(ولا يجرى القصاص في الأطراف إلا بين مستوى الدية إذا قطعت من المفصل
وتماثلت) والأصل فيه قوله تعالى - والجروح قصاص - وأنه يقتضي المائلة ، ولأن الأطراف
يسلك بها مملك الأموال ، ولهذا لا يقطع الصحيح بالأشل والكامل بالناقصة الأصابع
لاختلافهما في القيمة ، بخلاف النفس على ما مر . وإذا كان كذلك تنفي المائلة بانتفاء
المساواة في المالية ، والمالية معلومة بتقدير الشرع فأمكن اعتبار التساوى فيها ، ولا يمكن
التساوى في القطع إلا إذا كان من المفصل . إذا ثبت هذا فنقول : لا يجرى القصاص
في الأطراف بين الرجل والمرأة ، ولا بين الحر والعبد لاختلافهما في القيمة وهي الدية ،
ولا بين العبيد لأنهم إن تفاوتت قيمتهم فظاهر ، وإن تساوت فذلك مبنى على الخزر والظن .
فلا يثبت به القصاص . ونص محمد على جريان القصاص بين الرجل والمرأة في الشجاج التي
يجرى فيها القصاص ، لأنه ليس في الشجاج تفويت منفعة وإنما هو إلحاق شين وقد استويا
فه ، وفي الطرف تفويت المنفعة وقد اختلفا فيها ، ويجرى بين المسلم والذمي لتساويهما
في الدية . ثم القصاص نوعان : نقض مشاهد كالشلل فيمنع من استيفاء الكامل بالنقص ،
ولا يمنع من استيفاء الناقص بالكامل . ونقص من طريق الحكم كاليدين مع اليسار ،
فيمنع استيفاء كل واحد من الطرفين بالآخر . وكذا الأصابع لا يقطع إلا بمثلها العين
باليمن واليسار باليسار ، وكذا العين اليمنى باليمن واليسار باليسار ، والنايب بالنايب ،
والثنية بالثنية ، والضررس بالضررس ، ولا يؤخذ الأعلى والأسفل ، لأن القصاص ينشئ
عن المساواة ولا مساواة إلا بالتساوى في المنفعة والقيمة والعضو ، وقس على هذا أمثاله ؛
فإذا قطع يده غيره من المفصل قطعت يده لما مر ، ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لأن منفعة
اليدين لا تختلف بذلك وكذلك كل عضو يقطع من المفصل كالرجل وما ردت الأنف وهو

وَلَا قِصَاصَ فِي السَّانِ وَلَا فِي الذِّكْرِ إِلَّا أَنْ تُقَطَّعَ الْحَشْفَةُ ، وَلَا قِصَاصَ فِي عَظْمِ إِلَّا السِّنَّ ، فَإِنْ قُلِعَ يُقَلَّعَ ، وَإِنْ كُسِرَ يُرَدُّ بِقَدْرِهِ ، وَلَا قِصَاصَ فِي الْعَيْنِ إِلَّا أَنْ يَذْهَبَ ضَوْؤُهَا وَهِيَ قَائِمَةٌ بِأَنْ يُوَضَعَ عَلَى وَجْهِهِ قُطْنٌ رَطْبٌ وَتُقَابِلُ عَيْنُهُ بِالْمِرَاةِ الْمُخَمَّاةِ حَتَّى يَذْهَبَ ضَوْؤُهَا ، وَلَا تُقَطَّعُ الْأَيْدِي بِالْيَدِ وَتُجَبُّ الدِّيةُ ، وَمَنْ قَطَعَ يَمِينِي رَجُلَيْنِ قَطَعَا يَمِينَهُ وَأَخَذَا مِنْهُ دِيَةً الْآخَرَى بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ قَطَعَهَا أَحَدُهُمَا مَعَ غَيْبَةِ الْآخَرِ فَلَا تُعْرَدِيَّةُ يَدُهُ ، وَإِذَا كَانَ الْقَاطِعُ أَشْلَ أَوْ نَاقِصَ الْأَصَابِعِ ، فَلَمُقَطَّوعٌ إِنْ شَاءَ قَطَعَ الْمَجْبِيَّةُ ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَتْ دِيَّةَ يَدِهِ ،

مالان منه ، والأذن بالأذن لإمكان المائلة بينهما في القطع . قال الله تعالى . والألف بالألف والأذن بالأذن . . قال (ولا قصاص في السان ولا في الذكر إلا أن تقطع الحشفة) لأن كل واحد منهما يتقبض وينبسط فلا يمكن المائلة بينهما في القطع فلا قصاص ، بخلاف ما إذا قطع الحشفة فإنه معلوم كالمفصل ، ولو قطع بعضها وبعض الذكر فلا قصاص لتعذر المساواة . أما الأذن لا تتقبض فيمكن المائلة سواء قطعها أو بعضها . وأما الشفة إن قطعها جميعها وجب القصاص لإمكان المساواة ، وإن قطع بعضها لأقصاص لتعذرهما : قال (ولا قصاص في عظم إلا السن) روى ذلك عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ، ولأن المائلة متعذرة فيما سواه من العظام ، لأنه إذا كسر موضع ينكسر موضع آخر لأنه أجوف كالقارورة ممكنة في السن ، قال تعالى . والسن بالسن . - (فإن قلع يقلع) سنه (وإن كسر يرده بقلوه) تحقيقا للمساواة ، حتى لو كان السن بحال لا يمكن برده لأقصاص ، وتجب الدية في ماله ، ولا اعتبار بالكبر والصغر لاستوائهما في المنفعة . قال (ولا قصاص في العين) لتعذر المساواة (إلا أن يذهب ضوؤها وهي قائمة) فيمكن القصاص (بأن يوضع على وجهه قطن رطب وتقابل عينه بالمرآة المخمأة حتى يذهب ضوؤها) روى ذلك عن علي رضي الله عنه وغيره من الصحابة ، لأنه طريق إلى استيفاء القصاص فيسلك . وعن أبي يوسف : لأقصاص في الأحوال لأنه نقص في العين كالشلل في اليد . قال (ولا تقطع الأيدي باليد) وقد بيناه (وتجب الدية) لأنه متى تعذر القصاص تجب الدية لتلا تحلو الجناية عن موجب . قال (ومن قطع يميني رجلين قطعاً يمينه وأخذاً منه دية الأخرى بينهما) لأتهما استتراً في سبب الاستحقاق كالغرماء في التركة (فإن قطعها أحدهما مع غيبة الآخر فلا تعذر دية يده) لأن الحاضر استوفى حقه وبقي حتى الغائب وتعذر استيفاء القصاص فيصار إلى الدية . قال (وإذا كان القاطع أشل أو ناقص الأصابع ، فالملقوع إن شاء قطع المجيبة ، وإن شاء أخذ دية يده) لأنه تعذر استيفاء حقه كلا ، فإن رضي

وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ رَأْسُ الشَّاجِّ أَصْغَرَ ، وَلَوْ كَانَ رَأْسُ الشَّاجِّ أَكْبَرَ فَالْمَشْجُوعُ
إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِقَدَرِ شَجَّتِهِ ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهُ أَرْتُهَا ، وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ
خَطَاً ثُمَّ قَتَلَهُ عَمْدًا قَبْلَ الْبِرِّ أَوْ خَطَاً بَعْدَهُ ، أَوْ قَطَعَ يَدَهُ عَمْدًا ثُمَّ
قَتَلَهُ خَطَاً أَوْ عَمْدًا بَعْدَ الْبِرِّ أَخَذَ بِالْأَمْرَيْنِ ،

بدون حقه أخذه ولا شيء له غيره ، وإن شاء أخذ العوض وهو الأرض ، كمن غصب
مثليا فأنفذه ثم انقطع عن أيدى الناس ، فللمالك أن يأخذ القيمة كذا هذا ؛ ولو سقطت
اليد المعيبة أو قطعت ظلما فلا شيء عليه لتعين حقه في القصاص ، وإنما يصير مالا باختياره
فيسقط بفوات عمله ؛ ولو قطعت في قصاص أو سرقة فعليه الأرض لأنه أوفى بها حقا مستحقا
عليه فهي مسألة له معنى (وكذلك لو كان رأس الشاج أصغر) لأنه تعذر استيفاء حقه كاملا
لأنه إن أخذ بقدر شجته مساحة يتعدى إلى غير حقه ، لأنه إذا شج ما بين قرنيه وما بين قرني
الشاج أقل مساحة ، فإذا استوفى مقدار شجته وهو إنما يستحق ما بين قرنيه فقد تعدى
إلى غير حقه فيتخير كما قلنا (ولو كان رأس الشاج أكبر فالمشجوع إن شاء أخذ بقدر
شجته ، وإن شاء أخذ أرسها) لأنه لو أخذ ما بين قرني الشاج يزيداد شين الشاج يطول
الشجعة ، وليس له ذلك فيتخير لما مر ، وكذلك إذا استوعبت الشجعة من جهته إلى قفاه ،
ولا يبلغ قفا الشاج فيغير كما قلنا . قال (ومن قطع يد رجل خطا ثم قتله عمدا قبل البرء أو
خطا بعده ، أو قطع يده عمدا ثم قتله خطا أو عمدا بعد البرء أخذ بالأمرين) والأصل فيه
أنه متى أمكن الجمع بين الجراحات تجمع ، لأن القتل غالبا إنما يقع بجراحات متعاقبة ،
فلو اعتبرنا كل جراحة على حدة أدت إلى الحرج ، وإذا لم يمكن يعطى كل جراحة حكمها
وفي هذه المسائل تعذر الجمع . أما الأول فلتغاير الفعلين وتغاير حكمهما ، وكذلك الثالثة
وأما الثانية والرابعة فلتدخل البرء بينهما وأنه قاطع للسراية حتى لو لم يتدخل بينهما برء يجمع
بينهما ، ويكتفى بدية واحدة في الخطأين ، وكذلك عندهما في العمدين بأن قطع يده عمدا ،
ثم قتله عمدا قبل البرء يجمع بينهما ويقتل ولا يقطع ، لأن الفعل متحد ولم يتدخل البرء
فيجمع بينهما كما في الخطأ . وقال أبو حنيفة : إن شاء الإمام قال لهم : اقطوه ثم اقتلوه ،
وإن شاء قال لهم : اقتلوه ، لأن الجمع متعذر لأن الواجب القود وهو يعتمد المساواة
وذلك بأن يكون القطع بالقطع والقتل بالقتل فتعذر الجمع ، أو لأن القتل يمنع إضافة
السراية إلى القطع ، ألا ترى أنهما لو وجدا من شخصين يجب القصاص على القاتل فصار
كما إذا تخلل البرء ، بخلاف ما إذا سرى القطع لأن الفعل واحد ، وبخلاف الخطأين لأن
الواجب الدية ولا يعتبر فيها المساواة .

وَمَنْ قَطَعَ يَدَ غَيْرِهِ فَعَمَّا عَنِ الْقَطْعِ ثُمَّ مَاتَ فَعَمِلَ الْقَاطِعُ الدِّيَةَ فِي مَالِهِ ، وَلَوْ عَمَّا عَنِ الْقَطْعِ . وَمَا يَحْدُثُ مِنْهُ فَهُوَ عَفْوٌ عَنِ النَّفْسِ ، وَالشَّجَةِ كَالْقَطْعِ . (سم) . وَإِذَا حَضَرَ أَحَدُ الْوَلِيِّينَ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْقَتْلِ ثُمَّ حَضَرَ الْآخَرَ فَإِنَّهُ يُعِيدُ (سم) الْبَيِّنَةَ . رَجُلَانِ أَقْرَأَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْقَتْلِ فَقَالَ الْوَلِيُّ : قَتَلْتُمَاهُ فَلَهُ قَتْلُهُمَا ، وَلَوْ كَانَ مَكَانَ الْإِقْرَارِ شَهَادَةُ فَهُوَ بَاطِلٌ ،

قال (ومن قطع يد غيره فعفا عن القطع ثم مات فعلى القاطع الدية في ماله ، ولو عفا عن القطع وما يحدث منه فهو عفو عن النفس والشجة كالقطع) وقالوا : هو عفو عن النفس في المسألتين جميعا ، لأن العفو عن القطع أو عن الشجة عفو عن موجه ، وموجه القطع لو برأ ، والقتل لو سري ، فكان عفو عن أيهما تحقق وصار كما إذا عفا عن الجناية ، فانه يتناول الجناية المقتصرة والسارية كذا هذا . ولأبي حنيفة أنه قتل نفسا معصومة عبدا ، فيجب القصاص قياسا ، والعفو وقع عن القطع لأعن القتل ، إلا أنا استحسنا وقلنا يجب الدية في ماله لوجود صورة العفو ، وذلك بوجوب شبهة وهي دائرة القصاص ، بخلاف العفو عن الجناية لأنه يم اسم جنس ، وبخلاف قوله وما يحدث منه لأنه صريح في العفو عن القتل ، ثم إن كان خطأ يعتبر عفو من الثلث لأن موجه المال وحق الوراثة متعلق بالمال ، وإن كان عبدا فن جميع المال ، لأن موجه القصاص ولم يتعلق به حق الوراثة لأنه ليس بمال . قال (وإذا حضر أحد الوليين وأقام البينة على القتل ثم حضر الآخر فانه يعيد البينة) وقالوا : لا إعادة عليه ولو كان القتل خطأ لا يعيدها بالإجماع ، وأجمعوا أن الحاضر لا يقتصر حتى يحضر الغائب لاحتمال العفو . لما أن القصاص حق الميت بدليل صحة عفو حال حياته بعد الجرح ، ولو أنقلب مالا يقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ويورث عنه فيقوم الواحد مقام الجميع في إقامة البينة . ولأبي حنيفة أن القصاص حق المقتول من وجه لما قالوا ، وحق الوراثة من وجه ، فإن الوارث لو عفا عن الجراح حال حياة المبروح صح عفو ، ولو لم يكن حقه لما صح كإبراء الغريم فكان الاحتياط في الإعادة ، بخلاف الخطأ لأن الواجب المال وهو حق المقتول من كل وجه لأنه يصرف في حوائجه أولا ، وليس مبتاه على التخليط حتى يثبت بشهادة النساء مع الرجال والشهادة على الشهادة ولا كذلك العمد . قال (رجلا ن أقر كل واحد منهما بالقتل فقال الولي قتلناه فله قتلها ، ولو كان مكان الإقرار شهادة فهو باطل) وهو أن يشهد شاهدان أن زيدا قتلته وآثران أن عمرا قتلته ، فقال الولي : قتلته ، والفرق أنه كذب الشهود حيث قال قتلته ، وكذب المقرين حيث قال قتلناه ، وتكذيب الشهود تفسيق لهم ، والفسق يمنع قبول الشهادة ، وتكذيب المقر في بعض ما أقر به لا يغلط لإقراره في الباقي فافترقا .

وَلَوْ رَمَى مُسْلِمًا فَأَرْتَدَّ وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ ، ثُمَّ وَقَعَ السَّهْمُ بِهِ فِيهِ الدِّيةُ (م) ،
وَلَوْ كَلَّهْ مُرْتَدًّا فَأَسْلَمَ لَأَشْيَاءُ فِيهِ ، وَلَوْ رَمَى عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ مَوْلَاهُ فِيهِ
الْقِيَمَةُ (م) .

قال (ولورى مسلما فارتد والعياذ بالله ، ثم وقع السهم به فقيه الدية ، ولو كان مرتدًا
فأسلم لأشياء فيه ، ولورى عبدا فأعتقه مولا فقيه القيمة) أما الأولى فلهذه ، وقالا :
لأشياء فيه لأنهما يعتبران حالة الإصابة لأنها حالة التلف الموجبة للعقوبة ، وحالة التلف
أسقط عصمة نفسه بالردة ، فكانه أبرأ الراى فصار كما إذا أبرأه بعد الجرح قبل الموت ،
وله أنه صار قاتلا بريء وأنه مقوم معصوم عند الرى لوجوده قبل الردة . وقصته وجوب
القصاص إلا أن باعتبار حالة القتل أورث شبهة لردته فسقط القصاص فتجب الدية :
فأبوحنيفة يعتبر حالة الرى ، ألا ترى أنه لورى إلى صيد ثم ارتد ثم وقع به السهم حل ،
وكذا إذا رمى إلى صيد ثم مات ثم أصابه حل ويكون له ، ولو كفر بعد الرى قبل الإصابة
أجزأ عنه ، وذلك دليل أن المعتر حالة الرى . وأما المسألة الثانية بالإجماع لأن الرى ما وقع
سببا للضمان لأن الرى غير مقوم فلا يتقلب سببا بعد ذلك ، وعلى هذا إذا رمى حربيا فأسلم
ثم وقع به السهم لأشياء عليه لما قلناه . وأما المسألة الثالثة فقول أبي حنيفة وأبي يوسف
وقال محمد : يجب فضل ما بين قيمته مرميا إلى غير مرمى ، لأن العتق قاطع للسراية في
الرى جنابة ينتقص بها قيمة الرى إليه فيجب التقصان . ولهما ما بينا أن المعتر حالة الرى
فيصير قاتلا من وقت الرى وهو مملوك فتجب قيمته ، وهذا بخلاف ما إذا قطع طرف عبد
ثم أعتقه مولا ثم مات العبد يجب عليه أرش اليد مع التقصان الذى نقصه القطع إلى أن
عتق ، ولا يجب عليه قيمة النفس لأنه أئلف بعض الخلق وأنه يوجب الضمان للمولى ،
ولو وجب بعد السراية شيء لوجب للعبد ، فتصير نهاية الجنابة مخالفة لابتدائها ، وهنا
الرى قبل الإصابة لا يجب به الضمان لأنه ليس باتلاف وإنما تقل به الرغبات فلا تختلف
نهيته وبيدته .

كتاب الديات

الدِّيةُ الْمُخَلَّطَةُ خَمْسٌ وَعِشْرُونَ بِنْتُ خَنَاضٍ وَمِثْلُهَا بِنْتُ لَبُونٍ وَحِقَاقٌ
وَجِدَاعٌ (١) .

كتاب الديات

الدِّية ما يؤدَّى ، ولما كان القتل يوجب ما لا يدفع إلى الأولياء سُمي دية ، وإنما خصَّ
بما يؤدَّى بدل النفس دون غيرها من الممتلكات ، لأن الاسم يشتقُّ للتعريف بالخصيص
ولا يطردونه ، ووجوب الدِّية في القتل لحكمة بالغة ، وهي صون بنيان الآدب عن المدم
ودمه عن المذر ، وجبت بالكتاب والسنة ، وهو قوله تعالى - ودية مسلمة إلى أهله -
وقوله عليه الصلاة والسلام « في النفس المؤمَّنة مائة من الإبل » أي نجب بسبب قتل النفس
المؤمَّنة مائة من الإبل .

قال (الدِّية المخلطة خمس وعشرون بنت خَنَاضٍ ومثلها بنت لبون وحِقَاقٌ وجِدَاعٌ)
وقال محمد : ثلاثون جذعة وثلاثون حقة وأربعون مابين ثنية إلى بازل عام كلها
خلفات في بطونها أولادها (١) لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال في حجة الوداع
« ألا إن قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا ، وفيه مائة من الإبل منها أربعون في بطونها
أولادها » ودية شبه العمد أغلظ فتجب كما قلنا (٢) . ولما قوله عليه الصلاة والسلام
« في النفس مائة من الإبل » وروى الزهري أن الدِّية كانت على عهد رسول الله عليه الصلاة
والسلام أرباعاً ، ومعلوم أنه لا يراد به الخطأ ، فبقي المراد شبه العمد ، ولو أوجبنا الحوامل
وجب الزيادة على المائة . وعن ابن مسعود رضي الله عنه أن التغليظ أرباع كما قلنا ولا
يعرف ذلك إلا سماها فكان معارضا لما روى ، ولأن الصحابة اختلفوا في صفة التغليظ ،
ولو كان ما روينا ثابتاً لارتفع خصوصها وقد ورد على زعمكم في حجة الوداع مع تكرار
المسلمين فكان يشتهر ، ولو اشتهر لاحتجَّ به البعض على البعض ، ولو احتجَّ لارتفع الخلاف ،
ولما لم يرتفع دلَّ على عدم ثبوته ولأنه لا يجوز إيجاب الحامل فإنه لا يعلم الحمل حقيقة فيكون
(١) قوله بين ثنية الخ . الثنى من الإبل : ما استكمل السنة الخامسة ودخل في السادسة .
والبازل من الإبل : ما دخل في السنة التاسعة ، وقوله : في بطونها أولادها تفسير لقوله خلفات .
(٢) قوله فتجب كما قلنا ، صريح في أنها لا يجب إلا من الإبل أرباعاً وإلا فلا فائدة
في التغليظ ولا في تعيين الموجب فيه تأمل .

وغير المغلظة عشرون ابن تخاض ومثلها بنات تخاض وبنات لبون وحقاق وجذاع ، أو ألف دينار أو عشرة آلاف درهم ، ولا تجب الدية من شيء آخر (سم) ، ودية المرأة نصف ذلك ، ولا تغليظ إلا في الإبل ، ودية المسلم والذمي سواء .

تكليف ما ليس في الوسع . قال (وغير المغلظة عشرون ابن تخاض ومثلها بنات تخاض وبنات لبون وحقاق وجذاع) فهي أخماس من كل صنف عشرون هكذا قاله ابن مسعود ، وروى أن النبي عليه الصلاة والسلام قضى في قتل قتل خطأ بمائة من الإبل أخماسا كما قلنا ، ولأن الخطأ أخف فناسب التخفيف في موجه وذلك بما ذكرنا . قال (أو ألف دينار ، أو عشرة آلاف درهم) كل عشرة وزن سبعة مثاقيل لما روى مرار بن حارثة قال : « قطعت يد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى على القاطع بخمسة آلاف درهم » . وعن عمر رضي الله عنه أنه قضى في الدية بعشرة آلاف درهم ومن الدنانير بألف دينار . وروى أنه عليه الصلاة والسلام قضى في قتل بعشرة آلاف درهم ، وما روى أنه قضى بألف عشر ألف . قال محمد بن الحسن : كان وزن ستة فيحمل عليه توفيقا (ولا تجب الدية من شيء آخر) وقالوا : تجب من البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان إزار ورداء ، لما روى عبيدة السلماني أن عمر رضي الله عنه قضى في الدية بعشرة آلاف درهم ، ومن الدنانير بألف دينار ، ومن الإبل بمائة ، ومن البقر بمائتي بقرة ، ومن الغنم بألفي شاة ، ومن الحلل بمائتي حلة ، ومراده أنه قدر الدية بهذه المقادير ، لأن القضاء لم يقع في وقت واحد بجميع هذه الأجناس . ولأبي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام « في النفس مائة من الإبل » وقضيته أن لا يجب ما سواها إلا ما دلّ الدليل عليه ، وإنما دلّ على الذهب والفضة هو ما تقدم من قضائه عليه الصلاة والسلام . ومن أصحابنا من روى عن أبي حنيفة مثل قولهما ، فانه قال : « إذا صالح الولي على أكثر من مائتي بقرة أو مائتي حلة لم يجز ، وهذا آية التقدير . قال (ودية المرأة نصف ذلك) هكذا روى عن النبي صلى الله عليه وسلم . وعن عمر وعلي وابن مسعود وزيد بن ثابت كذلك أيضا ولأنها في الميراث ، والشهادة على النصف من الرجل فكذلك الدية . قال (ولا تغليظ إلا في الإبل) لأنه لم يرد النص بالغليظ إلا فيها ولا يعرف ذلك إلا نصا . قال (ودية المسلم والذمي سواء) لقوله عليه الصلاة والسلام « دية كل ذى عهد في عهده ألف دينار » وقال الزمهرى : قضى أبو بكر وعمر وعلي رضي الله عنهم في دية الذي يمثل دية المسلم ، وقال عليه الصلاة والسلام « إذا قتلوها فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين » وللمسلمين إذا قتل قتلهم ألف دينار فيكون لهم كذلك ، وكذلك دية المستأمن لما روى

وَفِي النَّفْسِ الدِّينَةُ ، وَكَذَلِكَ فِي الْأَنْفِ وَالذِّكْرِ وَالْحَشْفَةِ وَالْعَقْلِ وَالْأُذُنِ
وَاللُّوْقِ وَالسَّمْعِ وَالْبَصَرِ وَاللِّسَانِ ، وَبَعْضُهُ إِذَا مَنَعَ الْكَلَامَ ، وَالصَّلَاةَ إِذَا
مَنَعَ الْجَمَاعَ ، أَوْ انْقَطَعَ مَائُهُ أَوْ احْدَوْدَبَ ، وَكَذَا إِذَا أَفْضَاهَا فَلَمْ
تَسْتَمْسِكِ الْبُولَ ،

ابن عباس أن مستأمنين جاءا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فكساهما وحملهما وخرجا
من عنده ، فلقبهما عمرو بن أمية الضمري فقتلتهما ولم يعلم بأمانتهما ، فوداهما رسول الله
عليه الصلاة والسلام يديي حزينين مسلمين .

فصل

(وفي النفس الدنية) لما روينا ، والمراد نفس الحرّ يستوى فيه الصغير والكبير والوضيع
والشريف والمسلم والذي لا مستأمنهم في الحرمه والعصمة وكما الأحوال في الأحكام الدنيوية
قال (وكذلك في الأنف والذكر والحشفة والعقل والشمّ واللوق والسمع والبصر واللسان ،
وبعضه إذا منع الكلام ، والصلب إذا منع الجماع ، أو انقطع مائهُ ، أو احْدَوْدَبَ ، وكذا
إذا أفضاهما فلم تستمسك البول) والأصل في ذلك أنه متى أزال الجمال على وجه الكمال
أو أذهب جنس المنفعة أصلاً تجب الدية كاملة ، لأن تفويت جنس المنفعة إلتلاف للنفس
معنى في حق تلك المنفعة ، لأن قيام النفس معنى بقيام منافعها ، فكان تفويت جنس المنفعة
كتفويت الحياة ، والجمال مقصود في الحيوانات كالمنفعة ، ولهذا تزداد قيمة المملوك
بالجمال ، وتفويت جنس المنفعة إنما أوجب الدية تشريعاً وتكريماً للأدنى وشره بالجمال
كشره بالمنافع فيتعلم به كمال الدية ، ويؤيد ذلك ما روى سعيد بن المسيب أن النبي عليه
الصلاة والسلام قال « في النفس الدية ، وفي اللسان الدية ، وفي الذكر الدية ، وفي الأنف
الدية ، وفي المارن الدية » وهكذا كتب عليه الصلاة والسلام لعمر بن حزم ، إذا ثبت
هذا فنقول : إذا قطع الأنف أزال الجمال على الكمال ، وكذا المارن والأرنية والكل
عضو واحد ، فلا يجب بقطع الكل إلادية واحدة ؛ وفي قطع الذكر تفويت منفعة الوطء
واستمسك البول ورمى الماء ودققه والإيلاج الذي هو طريق العلوق عادة . وأما الحشفة
فهى الأصل في منفعة الإيلاج والدق والتصبية تبع له . وأما العقل فتفتحه أعظم الأشياء وبه
ينتفع لدينائه وآخرته ، ومنافعه أعظم من أن تحصى ، والشمّ واللوق والسمع والبصر منافع
مقصودة ، وعمر رضي الله عنه قضى في ضربة واحدة بأربع ديّات حيث ذهب بها العقل
والكلام والسمع والبصر ، وفي قطع اللسان إزالة منفعة مقصودة وهى منفعة النطق ، وكذلك
إذا زالت بقطع البعض لوجود الموجب . ولو عجز عن النطق ببعض الحروف ، فإن عجز عن
الأكثر تجب كل الدية لأنه فاتت منفعة الكلام ، وإن قدر على أكثرها فحكمومة عدل

وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ خَطَا ثُمَّ قَتَلَهُ قَبْلَ الْبُرْمِ خَطَا فَفِيهِ دِيَةٌ وَاحِدَةٌ ،
وَمَا فِي الْبَدَنِ اثْنَانِ فَفِيهِمَا الدِّيَةُ وَفِي أَحَدِهِمَا نِصْفُ الدِّيَةِ ، وَمَا فِيهِ أَرْبَعَةٌ
فَفِي أَحَدِهَا رُبْعُ الدِّيَةِ ، وَفِي كُلِّ أَصْبَعٍ عَشْرُ الدِّيَةِ . وَتَقْسَمُ عَلَى مَقَاصِلِهَا ،

لِحَصُولِ الْإِنْفَامِ لَكِنْ مَعَ خَطَا ، وَالْجَمَاعُ مُنْعَةٌ مَقْصُودَةٌ يَتَعَلَّقُ بِهِ مَصَالِحُ جَنَّةٍ ، فَإِذَا فَاتَ
وَجِبَ بِهِ دِيَةٌ كَامِلَةٌ ، وَبِانْقِطَاعِ الْمَاءِ يَفُوتُ جِنْسُ الْمُنْعَةِ ، وَبِالْحَدِيَةِ يَزُولُ الْجَمَالُ عَلَى
وَجْهِ الْكَمَالِ ، فَلَوْ زَالَتْ الْحَدِيَةُ لَأَجِبَ شَيْءٌ لَزَوَالِ الْمَوْجِبِ ، وَاسْتِمْسَاكُ الْبَوْلِ مُنْعَةٌ
مَقْصُودَةٌ فَتَجِبُ الدِّيَةُ بِزَوَالِهَا . قَالَ (وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ خَطَا ثُمَّ قَتَلَهُ قَبْلَ الْبُرْمِ خَطَا فَفِيهِ
دِيَةٌ وَاحِدَةٌ) لِأَحَادِ الْجِنْسِ وَقَدْ تَقَدَّمَ . قَالَ (وَمَا فِي الْبَدَنِ اثْنَانِ فَفِيهِمَا الدِّيَةُ وَفِي أَحَدِهِمَا
نِصْفُ الدِّيَةِ) وَهِيَ الْأُذُنَانِ وَالْعَيْنَانِ إِذَا ذَهَبَ نَوْرُهُمَا سَوَاءً ذَهَبَتِ الشَّحْمَةُ أَوْ بَقِيَتْ ،
لِأَنَّ الْمُنْعَةَ بَالْوَرِ لَا بِالشَّحْمَةِ ، وَاللِّحْيَانِ وَالشَّفَتَيْنِ وَالْحَاجِبَيْنِ وَالْيَدَيْنِ وَالرِّجْلَيْنِ وَسَمِعِ
الْأُذُنَيْنِ وَتَدْيَا الْمَرْأَةَ وَحِلْمَتَاهَا ، لِأَنَّ الْإِنَّ لَا يَسْتَمْسِكُ دُونَهُمَا ، وَبِفَوَاتِهِمَا تَفُوتُ مُنْعَةُ
الْإِرْضَاعِ ، وَالْأَنْثِيَانِ وَالْأَيْتَانِ إِذَا اسْتَوْصَلَ لَحْمُهُمَا حَتَّى لَا يَبْقَى عَلَى الْوَرِكِ لَحْمٌ ، وَالْأَصْلُ
فِيهِ مَا رَوَى سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيْبِ أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ « فِي الْعَيْنَيْنِ الدِّيَةُ ، وَفِي
الْأُذُنَيْنِ الدِّيَةُ ، وَفِي الْيَدَيْنِ الدِّيَةُ ، وَفِي الرِّجْلَيْنِ الدِّيَةُ ، وَفِي الشَّفَتَيْنِ
الدِّيَةُ ، وَفِي كِتَابِ عَمْرِو بْنِ حَزَمٍ « وَفِي الْعَيْنَيْنِ الدِّيَةُ ، وَفِي أَحَدِهِمَا نِصْفُ الدِّيَةِ » وَلِأَنَّ
لِلْمُنْعَةِ ضَمَّتْ بِفَوَاتِهِمَا أَوْ الْجَمَالَ كَامِلًا ، وَبِفَوَاتِ أَحَدِهِمَا يَفُوتُ النِّصْفُ . وَإِذَا قَطَعَ
الْأَنْثِيَيْنِ مَعَ الذَّكَرِ ، أَوْ قَطَعَ الذَّكَرَ أَوَّلًا ثُمَّ الْأَنْثِيَيْنِ فَفِيهِمَا دِيَتَانِ ، لِأَنَّ مُنْعَةَ الْأَنْثِيَيْنِ بَعْدَ
قَطْعِ الذَّكَرِ قَائِمَةٌ وَهِيَ إِمْسَاكُ الْمَتَى وَالْبَوْلِ ، فَإِنْ قَطَعَ الْأَنْثِيَيْنِ ثُمَّ الذَّكَرَ فَفِي الْأَنْثِيَيْنِ الدِّيَةُ ،
وَفِي الذَّكَرِ حُكُومَةُ عَدَلٍ ، لِأَنَّ قَطْعَ الْأَنْثِيَيْنِ صَارَ خَصِيًّا ، وَفِي ذِكْرِ الْخَصِيِّ حُكُومَةٌ وَلِأَنَّهُ
اِخْتَلَتْ مُنْعَتُهُ بِقَطْعِ الْأَنْثِيَيْنِ وَهِيَ مُنْعَةُ الْإِبِلَادِ فَصَارَ كَالْيَدِ الشَّلَاءِ . قَالَ (وَمَا فِيهِ
أَرْبَعَةٌ فِي أَحَدِهَا رُبْعُ الدِّيَةِ) وَهِيَ أَشْفَارُ الْعَيْنَيْنِ وَأَهْدَابُهَا ، لِأَنَّهُ يَفُوتُ بِهِ الْجَمَالُ عَلَى
الْكَمَالِ وَجِنْسُ الْمُنْعَةِ ، وَهُوَ دَفْعُ الْقَذَى عَنِ الْعَيْنِ ، فَإِنْ قَطَعَ الْأَشْفَارَ وَحْدَهَا وَلَيْسَ فِيهَا
أَهْدَابُ فَفِيهَا الدِّيَةُ وَفِي أَحَدِهَا رُبْعُ الدِّيَةِ ، وَكَذَلِكَ الْأَهْدَابُ ، وَإِنْ قَطَعَهَا مَعَ فَدِيَةٍ وَاحِدَةٍ
لِأَنَّهَا كَقَضْوِ وَاحِدٍ كَالْمَارَنِ مَعَ الْأَثْفِ . قَالَ (وَفِي كُلِّ أَصْبَعٍ عَشْرُ الدِّيَةِ) يَعْنِي مِنْ أَصَابِعِ
الْيَدَيْنِ وَالرِّجْلَيْنِ . قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « فِي كُلِّ أَصْبَعٍ عَشْرٌ مِنَ الْإِبِلِ » وَالْأَصَابِعُ
كُلُّهَا سَوَاءٌ ، وَفِي قَطْعِ الْكُلِّ تَفُوتُ جِنْسُ الْمُنْعَةِ فَتَجِبُ دِيَةٌ كَامِلَةٌ وَهِيَ عَشْرُ فَيَقْسَمُ
عَلَيْهَا (وَتَقْسَمُ) دِيَةُ الْأَصْبَعِ (عَلَى مَفَاصِلِهَا) فَمَا فِيهَا مَفْصَلَانِ فِي أَحَدِهِمَا نِصْفُ دِيَتِهَا ،
وَمَا فِيهَا ثَلَاثَ مَفَاصِلَ فِي أَحَدِهَا ثُلُثَاهَا بِاعْتِبَارِهَا بِاتِّقْسَامِ دِيَةِ الْيَدِ عَلَى أَصَابِعِهَا .

وَالْكَفَّ تَبَعَ لِلْأَصَابِعِ ، وَفِي كُلِّ سَنٍ نِصْفُ عَشْرِ الدِّيَةِ ، فَإِنْ قَلَعَهَا غَنَبَتْ أُخْرَى مَكَانَهَا سَقَطَ الْأَرُشُ ، وَفِي شَعْرِ الرَّأْسِ إِذَا حُلِقَ فَلَمْ يَنْبُتْ الدِّيَةُ ، وَكَذَلِكَ اللَّحْيَةُ وَالْحَاجِبَانِ وَالْأَهْدَابُ ، وَفِي الْيَدِ إِذَا شَلَّتْ ، وَالْعَيْنِ إِذَا ذَهَبَ ضَوْؤُهَا الدِّيَةُ ، وَفِي الشَّارِبِ ، وَلَحْيَةِ الْكُوسِجِ ، وَتَدْمِ الرَّجُلِ ، وَذَكَرِ الْخَصِيِّ وَالْعَيْنَيْنِ ، وَلِسَانِ الْأَخْرَسِ ،

قال (والكف تبع للأصابع) لأن منفعة البطش بالأصابع والدية وجبت بتفويت المنفعة . قال (وفي كل سن نصف عشر الدية) قال عليه الصلاة والسلام « وفي كل سن خمس من الإبل » والأسنان كلها سواء الثنايا والأنياب والأضراس لإطلاق الحديث ، واسم السن يتناول الكل فيجب في الأسنان دية وثلاثة أخماس دية ، لأن الأسنان اثنان وثلاثون سنا عشرون ضرسا وربعة أنياب وأربع ضواحك وأربع ثنايا . وأسنان الكوسج قالوا ثمانية وعشرون فيجب دية وخمسا دية ، وهذا غير جار على قياس الأعضاء إلا أن المرجع فيها إلى النص . قال (فإن قلها غنبت أخرى مكانها سقط الأرش) لزوال سبه ، ولو أعاد القلعة إلى مكانها غنبت فعليه الأرش وكذلك الأذن لأنها لا تعود إلى الحالة الأولى في المنفعة والجمال ، والمقلوع لا ينبت ثانيا لأنه لا يلتزق بالمروق والعصب فكان وجود هذا النبات وعلمه سواء حتى لو قلعه إنسان لأشئ عليه ، ولو أسودت السن من الضربة أو أحرمت أو أخضرت ففيها الأرش كاملا لأنها تبطل منفعتها إذا أسودت فأنها تتأثر ويفوت بذلك الجمال كاملا ، ولو أصغرت فمن أبي حنيفة حكومة عدل لأن الصفرة لا تذهب منفعتها بل توجب نقصانها فتجب الحكومة ، ولو ضرب سنا فتحرك ينظر به حولا لاحتمال أنها تشتد ، وإن سقط أو حدث فيه صفة مما ذكرنا وجب فيها ما قلنا ، لأن الجنائيات تعتبر فيها حال الاستقرار ، قال عليه الصلاة والسلام « يستأن بالجرأح حتى يبرأ » ولأنها إذا لم تستقر لا يلزم الواجب فلا يجوز القضاء . قال (وفي شعر الرأس إذا حلق فلم ينبت الدية . وكذلك اللحية والحاجبان والأهداب) أما الحاجبان والأهداب فلما مر ، وأما اللحية فلأن فيها جمالا كاملا لقوله عليه الصلاة والسلام « إن ملائكة السماء الدنيا يقولون : سبحان من زين الرجال باللحي والقساء بالنواذب » وعن علي رضي الله عنه : أنه أوجب في شعر الرأس إذا حلق فلم ينبت دية كاملة ، وكذلك قال في اللحية . وكان أبو جعفر المثلثاني يقول في اللحية : إنما تجب الدية إذا كانت كاملة يتجمل بها ، أما إذا كانت طاقات متفرقة لا يتجمل بها فلا شيء فيها ، وإن كانت غير متفرقة لا يتجمل بها وليست مما تشين ففيها حكومة عدل . قال (وفي اليد إذا شلت والعين إذا ذهب ضوؤها الدية) لأنها إذا علمت المنفعة فقد علمت معنى فتجب الدية على ما بينا . قال (وفي الشارب ولحية الكوسج ولسان الرجل وذكر الخصي والعين ولسان الأخرس)

واليد الشلاء ، والعين العوراء ، والرجل العرجاء ، والسن السوداء والأصبع الزائدة ، وعين الصبي ولسانه وذكوره إذا لم تعلم صفة حكومه عدل ، وإذا قطع اليد من نصف الساعد ففي الكف نصف الدية ، وفي الزائد حكومه عدل ، ومن قطع أصبعاً فشلت أخرى ، أو قطع يده اليمنى فشلت اليسرى فلا قصاص (سم) ،

واليد الشلاء والعين العوراء والرجل العرجاء والسن السوداء والأصبع الزائدة وعين الصبي ولسانه وذكره إذا لم تعلم صفة حكومه عدل (أما الشارب فهو تبع للحية ، وقد قيل السنة فيها الحلق فلم يكن جمالا كاملا ، ولحية الكوسج ليست جمالا كاملا ، وكل ما يجب في الشعر إنما يجب إذا فسد المنبت ، أما إذا عاد فنبت كما كان لا يجب شيء لعدم الموجب ، وتلدى الرجل لامنعة فيه ولا جمال ، وذكر الخصى والعين واليد الشلاء ولسان الأخرس والعين العوراء والرجل العرجاء لعدم فوات المنفعة ، ولا جمال في السن السوداء ولا منفعة في الأصبع الزائدة ، وإنما وجبت حكومة عدل تشريفا للأذى لأنه جزء منه ، وأعضاء الصبي إذا لم تعلم صفة سلامة منفعها لا تجب الدية بالشك والسلامة وإن كانت ظاهرة فالظاهر لا يصلح حجة للإلزام ، واستهلال الصبي ليس بكلام بل مجرد صوت وصحة السان تعرف بالكلام ، والذكر بالحركة ، والعين بما يستدل به على النظر ، فاذا عرف صحة ذلك فهو كالبالغ في العمد والخطأ ، وفي شعر بدن الإنسان حكومة لأنه لامنعة فيه ولا جمال فانه لا يظهر ، ولو ضرب الأذن فيست فيها حكومة ، وفي قلع الأظفار فلم تنبت حكومة لأنه لم يرد فيها أرش مقدّر . قال (وإذا قطع اليد من نصف الساعد ففي الكف نصف الدية) لما تقدم (وفي الزائد حكومة عدل) لأنه لامنعة فيه ولا جمال ، وكذلك إن قطعها من المرفق لما بينا . قال (ومن قطع أصبعاً فشلت أخرى ، أو قطع يده اليمنى فشلت اليسرى فلا قصاص) وقال : عليه القصاص في الأولى والأرض في الثانية ، وعلى هذا الخلاف إذا شجّه موضحة فذهب سمعه أو بصره ، وأجمعوا لو شجّه موضحة فصارت متقلة ، أو كسر سنة فاسود الباقي ، أو قطع الكف فقتل الساعد ، أو قطع أصبعاً فقتل الكف ، أو قطع مفصلاً من الأصبع ، فقتل باقيها لا قصاص عليه وعليه أرش الكل . لهما في الخلافات أنه تعدّد محل الجناية فلم يلزم من سقوط القصاص في أحدهما سقوطه في الآخر ، كما إذا جنى على عضو عدداً وعلى آخر خطأ . ولأن حنيفة أن جنائته وقعت سارية بفعل واحد ، والمحل متحدث من حيث الاتصال فتعدّد القصاص لأن القصاص ينبئ عن المماثلة وليس في وسعه القطع بصفة السرية . وإذا تعدّد القصاص وجب المال كما في مواضع الإجماع ، بخلاف ما قاما عليه لأن أحدهما ليس بسارية للآخر ، ولو قطع كفها فيها أصبع أو أصبعان فعليه أرش الأصابع ولا شيء في الكف .

وَعَدُ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ خَطَاً .

فصل

الشَّجَاةُ عَشْرَةٌ : الْخَارِصَةُ ، وَهِيَ الَّتِي تَحْرُسُ الْجِلْدَ . ثُمَّ الدَّامِغَةُ الَّتِي تَخْرُجُ مَا يُشْبِهُ الدَّمَ . ثُمَّ الدَّامِغَةُ الَّتِي تَخْرُجُ الدَّمَ . ثُمَّ الْبَاضِعَةُ الَّتِي تَبْضَعُ اللَّحْمَ . ثُمَّ الْمُتَلَاخِمَةُ الَّتِي تَأْخُذُ فِي اللَّحْمِ . ثُمَّ السَّمْحَاقُ ، وَهُوَ جِلْدَةٌ فَرَّقَ الْعَظْمُ تَصِلُ إِلَيْهَا الشَّجَّةُ . ثُمَّ الْمَوْضِجَةُ الَّتِي تُوضِعُ الْعَظْمَ . ثُمَّ الْمَاهِثَةُ الَّتِي تَهْتِمُ الْعَظْمَ . ثُمَّ الْمُثْقَلَةُ الَّتِي تَنْقُلُ الْعَظْمَ بَعْدَ الْكَسْرِ . ثُمَّ الْآمَةُ الَّتِي تَصِلُ إِلَى أَمِّ الدِّمَاغِ .

وقالا : ينظر إلى أَرَشِ الأصبع والأصبعين وإلى حَكُومَةِ العَدْلِ فِي الْكَفِّ ؛ فَيَدْخُلُ الْأَمْلُ فِي الْأَكْثَرِ لِأَنَّهُمَا جَنَائِتانِ بِفَعْلٍ وَاحِدٍ فِي مَعْلٍ وَاحِدٍ فَلَا يَجِبُ الْأَرْشَانِ ، وَلَا سَبِيلُ لِكَيْ إِهْدَارِ أَحَدِهِمَا فَرَجْعًا بِالْأَكْثَرِ كَالْمَوْضِجَةِ إِذَا أَسْقَطَتْ بَعْضَ شَعْرِ الرَّأْسِ . وَلِهَذَا أَنَّ الْأَصَابِعَ أَصْلُ وَالْكَفَّ تَبَعٌ ، لِأَنَّ الْبَطْشَ يَقُومُ بِهَا ، وَلِأَنَّ قَطْعَ الْأَصَابِعِ يُوجِبُ الدَّبِيَّةَ كَامِلَةً ، وَلَا كَذَلِكَ قَطْعُ الْكَفِّ ، وَالْأَصْلُ وَإِنْ قَلَّ يَسْتَتِيعُ التَّبَعُ ، بِخِلَافِ مَا ذَكَرَ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا لَيْسَ تَبَعًا لِلْآخَرِ ؛ وَلَوْ قَطَعَ الْكَفَّ وَفِيهِ ثَلَاثُ أَصَابِعَ وَجِبَ أَرَشُ الْأَصَابِعِ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّ الْأَصَابِعَ هِيَ الْأَصْلُ لَمَّا بَيَّنَّا ، وَلِلْأَكْثَرِ حَكْمُ الْكُلِّ . قَالَ (وَعَدُ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ خَطَاً) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « عَدُ الصَّبِيِّ خَطَاً » وَرَوَى أَنَّ مَجْنُونًا قَتَلَ رَجُلًا بِسَيْفٍ فَقَضَى عَلَيْهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بِالْأَبِيَّةِ عَلَى عَاقِلَتِهِ مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ ، وَلِأَنَّ الْقَصَاصَ عَقُوبَةٌ وَلَا يَسْتَحِقُّانِ الْعُقُوبَةَ بِفَعْلِهِمَا كَالْخُدُودِ ؛ وَكَذَا مِنْ أَحْكَامِ الْعَمْدِ الْمُنَاقِمِ وَلَا إِمَامٍ عَلَيْهِمَا .

فصل

(الشَّجَاةُ عَشْرَةٌ : الْخَارِصَةُ وَهِيَ الَّتِي تَحْرُسُ الْجِلْدَ) أَيُ تَشَقُّهُ أَوْ تَخْلُشُهُ وَلَا يَخْرُجُ الْبِلْمُ (ثُمَّ الدَّامِغَةُ الَّتِي تَخْرُجُ مَا يُشْبِهُ الدَّمَ) وَقِيلَ إِلَى تَظْهِرُ الدَّمَ وَلَا تَسِيلُهُ كَالدَّمَغِ فِي الْعَيْنِ . (ثُمَّ الدَّامِغَةُ الَّتِي تَخْرُجُ الدَّمَ) وَتَسِيلُهُ (ثُمَّ الْبَاضِعَةُ الَّتِي تَبْضَعُ اللَّحْمَ) أَيُ تَقْطَعُهُ ، وَقِيلَ تَقْطَعُ الْجِلْدَ (ثُمَّ الْمُتَلَاخِمَةُ الَّتِي تَأْخُذُ فِي اللَّحْمِ) وَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلُ تَأْخُذُ فِي اللَّحْمِ أَكْثَرَ مِنَ الْبَاضِعَةِ (ثُمَّ السَّمْحَاقُ ، وَهُوَ جِلْدَةٌ فَرَّقَ الْعَظْمُ تَصِلُ إِلَيْهَا الشَّجَّةُ ، ثُمَّ الْمَوْضِجَةُ الَّتِي تُوضِعُ الْعَظْمَ) أَيُ تَكْشِفُهُ (ثُمَّ الْمَاهِثَةُ الَّتِي تَهْتِمُ الْعَظْمَ) أَيُ تَكْسِرُهُ (ثُمَّ الْمُثْقَلَةُ الَّتِي تَنْقُلُ الْعَظْمَ بَعْدَ الْكَسْرِ ، ثُمَّ الْآمَةُ الَّتِي تَصِلُ إِلَى أَمِّ الدِّمَاغِ) وَهِيَ جِلْدَةٌ تَحْتَ الْعَظْمِ فِيهَا الدِّمَاغُ ، قَالُوا ثُمَّ الدَّامِغَةُ ، وَهِيَ الَّتِي تَخْرُقُ الْجِلْدَ وَتَصِلُ إِلَى أَمِّ الدِّمَاغِ وَلَمْ يَذْكُرْهَا مُحَمَّدٌ إِذْ لَا فَائِلَةَ فِي ذِكْرِهَا فَإِنَّهُ لَا يَبِيشُ

ففي الموضحة القصاص إن كانت عمداً ، وفي التي قبلتها حكومة عدل ، وفي الموضحة الخطأ نصف عشر الدية ، وفي الهاشمة العشر ، وفي المنقلة عشر ونصف ، وفي الآمة الثلث ، وكذا الجائفة ، فاذا نفذت فثلثان ، والشجاج يختص بالوجه والرأس والجائفة بالخوف والجنب والظهر ، وما سوى ذلك جراحات فيها حكومة عدل ، وحكومة العدل أن يقوم الجروح عبداً سالماً وسلياً فما نقصت الجراحة من القيمة يعتبر من الدية ،

معه وليس لها حكم ، ولم يذكر الخارصة والدائمة لأنها لا يبق لها أثر غالباً ، والشجة التي لا أثر لها لا حكم لها . قال (في الموضحة القصاص إن كانت عمداً) لقوله تعالى - والجروح قصاص - وأنه يمكن فيها لأنه يمكن أن ينهى السكين إلى العظم فتتحقق المساواة ، وقد قضى عليه الصلاة والسلام بالقصاص في الموضحة . قال (وفي التي قبلها حكومة عدل) لأنه ليس فيها أرض مقدّر ولا يمكن إهدارها فتجب الحكومة . قال عمر بن عبد العزيز : ما دون الموضحة خلوش فيها حكومة عدل . وعن محمد في الأصل : فيما قبل الموضحة القصاص دون ما بعدها لأنه يمكن اعتبار المساواة فيما قبلها بمعرفة قدر الجراحة بمسار ثم تتخذ حديدة على قدرها وينفذ في اللحم إلى آخرها فيستوفى مثل ما فعل لقوله تعالى - والجروح قصاص - ولا يمكن ذلك فيما بعدها ، لأن كسر العظم وتنقله لا يمكن المساواة فيه . قال (وفي الموضحة الخطأ نصف عشر الدية ، وفي الهاشمة العشر ، وفي المنقلة عشر ونصف ، وفي الآمة الثلث ، وكذا الجائفة ، فاذا نفذت فثلثان) لما روى عمرو بن حزم أن النبي عليه الصلاة والسلام كتب له « وفي الموضحة خمس من الإبل ، وفي الهاشمة عشر ، وفي المنقلة خمسة عشر ، وفي الآمة ثلث الدية » وقال عليه الصلاة والسلام « وفي الجائفة ثلث الدية » وعن أبي بكر رضى الله عنه أنه حكم في جائفة نفذت بثلثي الدية ، لأنها إذا نفذت فهي جائفتان . قال (والشجاج يختص بالوجه والرأس) لغة كالخدين والذقن والعيين والجمجمة (والجائفة بالخوف والجنب والظهر وما سوى ذلك جراحات فيها حكومة عدل) لأنها غير مقدّرة ولا مهلولة فتجب حكومة عدل . قال (وحكومة العدل أن يقوم الجروح عبداً سالماً وسلياً) أى صحيحاً وجريحاً (فما نقصت الجراحة من القيمة يعتبر من الدية) فإن نقصت عشر القيمة تجب عشر الدية وعلى هذا ، وأراد بالسليم الجريح ، وإن كان موصوعاً للديغ استعارة لأنه في معناه ، وهذا عند الطحاوى لأن الجرح لا يمكن تقويمه والقيمة للبدن كالدية للحر ، فما أوجب نقصاً في أحدهما اعتبر بالآخر . وقال الكرخي : يؤخذ مقداره من الشجة التي لها أرض مقدّر بالخزير فينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة

وَمَنْ شَجَّ رَجُلًا فَقَدْ هَبَّ عَقْلُهُ أَوْ شَعْرُ رَأْسِهِ دَخَلَ فِيهِ أَرْضُ الْمُوضِحةِ ؛
وَلَاِنْ ذَهَبَ سَمْعُهُ أَوْ بَصَرُهُ أَوْ كَلَامُهُ لَمْ تَدْخُلْ ، وَيَجِبُ أَرْضُ الْمُوضِحةِ
مَعَ ذَلِكَ وَلَا يَقْتَصِرُ مِنْ الْمُوضِحةِ وَالطَّرْفِ حَتَّى تَبْرَأَ ، وَلَوْ شَجَّهُ فَالْتَحَمَتْ
وَتَبَّتِ الشَّعْرُ سَقَطَ (س) الْأَرْضُ .

فيجب بقلده من نصف عشر الدية قال (ومن شجَّ رجلا فذهب عقله أو شعر رأسه دخل
فيه أرض الموضحة) لأن العقل إذا فاتت منفعة جميع الأعضاء فصار كما إذا شجه فأت
وأما الشعر فلأن أرض الموضحة يجب لفوات بعض الشعر حتى لو نبت سقط الأرض ، والدية
تجب بفوات جميع الشعر ، وقد تعلقا بفعل واحد فيدخل الجزء في الكل كما لو قطع أصبعه
فشلت يده . قال (وإن ذهب سمعه أو بصره أو كلامه لم تدخل ، ويجب أرض الموضحة مع ذلك)
لما روينا عن عمر رضي الله عنه أنه قضى في ضربة واحدة بأربع ديات ولأن منفعة كل عضو من
هذه الأعضاء مختصة به لا تعتمد على غيره فأشبه الأعضاء المختلفة بخلاف العقل فإن منفعته تمتد على
جميع الأعضاء . وعن أبي يوسف أن الشجة تدخل في دية السمع والكلام دون البصر ، لأن السمع
والكلام أمر باطن فاعتبره بالعقل ؛ أما البصر أمر ظاهر فلا يلتحق به . وطريق معرفة ذهاب هذه
الأمور وبقائها اعتراف الجاني أو تصديقه للمجنى عليه أو ينكوله عن العيين كما في سائر الحقوق
ويعرف البصر بأن ينظره عدلان من الأطباء لأنه ظاهر يعرف ؛ ومن أصحابنا من قال : يستعلم
البصر بأن يجعل بين يديه حية يختبر حاله بها . وأما السمع فيستغل المدعى ذهاب سمعه كما روى
أن رجلا ضرب امرأة فادّعت ذهاب سمعها ، فاحتكا إلى القاضي إسماعيل بن حماد بن
أبي حنيفة فشاغل عنها ثم التفت إليها فقال : غطى عورتك فجمعت ذيلها فعلم أنها كاذبة .
وأما الكلام فيعرف بأن يستغل حتى يسمع كلامه أولا . وأما الشم فيختبر بالرائحة الكريهة
فإن جمع منها وجهه علم أنه كاذب . قال (ولا يقتصر من الموضحة والطرف حتى تبرأ)
لما روى أن رجلا جرح حسان بن ثابت فجاء الأنصار إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام
فطلبوا القصاص فقال : « انتظروا ما يكون من صاحبكم » فأما الجراحة الخطأ فلا شبهة فيها
لأنها إن اقتصرت فظاهر وإن سرت فقد أخذ بعض الدية فيأخذ الباقي . قال (ولو شججه
فالتحمت ونبت الشعر سقط الأرض) لزوال الموجب وهو الشين . وقال أبو يوسف :
عليه أرض الأكم ، لأن الشين وإن زال فالأكم الحاصل ما زال فيقوم الأكم . وقال محمد :
عليه أجره الطيب لأنه لزمه بسبب فعله فكانه أخذه من ماله .

وَمَنْ ضَرَبَ بَطْنَ امْرَأَةٍ فَأَلْقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا فَفِيهِ غُرَّةٌ خَمْسُونَ دِينَارًا عَلَى الْعَاقِلَةِ ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى ، وَإِنْ أَلْقَتْهُ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ فَفِيهِ الدِّيَّةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ وَعَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ ؛ وَإِنْ أَلْقَتْهُ مَيِّتًا ثُمَّ مَاتَتْ فَفِيهِ دِيَّتُهَا وَالْغُرَّةُ ، وَإِنْ مَاتَتْ ثُمَّ أَلْقَتْهُ مَيِّتًا فَفِيهَا الدِّيَّةُ وَلَا شَيْءَ فِيهِ ، وَإِنْ مَاتَتْ ثُمَّ خَرَجَ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ فَدِيَّتَانِ ، فَإِنْ أَلْقَتْ جَنِينَ مَيِّتَيْنِ فَفِيهِمَا غُرَّتَانِ ، فَإِنْ أَلْقَتْ أَحَدَهُمَا مَيِّتًا وَالْآخَرَ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ فَفِي الْمَيِّتِ الْغُرَّةُ وَفِي الْحَيِّ دِيَّةٌ كَامِلَةٌ ، وَتَجِبُ الْغُرَّةُ فِي سَنَةٍ وَاحِدَةٍ ، وَإِنْ اسْتَبَانَ بَعْضُ خَلْقِهِ وَلَمْ يَمِّمْ فَبِهِ الْغُرَّةُ

فصل

(ومن ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا ففيه غرة خمسون دينارا على العاقلة ذكرًا كان أو أنثى) والقياس أن لا يجب فيه شيء لأنه لا يعلم حياته ، والظاهر لا يصلح للإلزام إلا أنا تركنا القياس ، لما روى أن امرأة ضربت بطن ضربتها بعمود فسقطت فألقت جنينا ميتا فاخصما إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام فحكم على عاقلة الضاربة بالغرّة عبدا أو أمة أو قيمتها خمسمائة ، وفي رواية « أو خمسمائة » ولم يستفسر ذكرًا كان أو أنثى ، ولأنه بعدد التمييز بين الذكر والأنثى في الجنين فيسقط اعتباره دفعا للخرج ، وفي رواية « فألقت جنينا ميتا وماتت ، فقصى النبي عليه الصلاة والسلام على عاقلة الضاربة بالدية وبغرة الجنين » رواه المغيرة وقال : فقام عم الجنين فقال : إنه قد أشعر ، وقام والد الضاربة ، وفي رواية أخوها عمران بن عويمر الأسلمي فقال : كيف ندى من لا أكل ولا شرب ولا صاح ولا استهلّ ودم مثل ذلك يطل ؟ فقال عليه الصلاة والسلام : « أجمع كسجع الكهان فيه غرة عبد أو أمة » وكذلك رواه محمد بن مسلمة . قال ز وإن ألقته حيا ثم مات ففيه الدية على العاقلة وعليه الكفارة) لأنه صار قاتلا (وإن ألقته ميتا ثم مات ففيه ديتها والغرة) لما روي (وإن ماتت ثم ألقته ميتا ففيها الدية ولا شيء فيه) لأن موتها سبب لموته لأنه يموت بموتها فانه إنما يتنفس بنفسها واحتمل موته بالضربة فلا تجب الغرة بالشك (وإن ماتت ثم خرج حيا ثم مات فديتان) لأنه قتل نفسين (فإن ألقّت جنينين ميتين ففيهما غرّتان) لأنه عليه الصلاة والسلام قضى في الجنين بغرة فيكون في الجنينين غرّتان ، ولأن من أثلّف شخصين بضربة واحدة ضمن كل واحد منهما كالكبيرين (فإن ألقّت أحدهما ميتا والآخرا حيا ثم مات ففي الميت الغرة وفي الحي دية كاملة) اعتبارا لهما بحالة الانفرد (وتجب الغرة في سنة واحدة) هكذا روى عن النبي عليه الصلاة والسلام (وإن استبان بعض خلقه ولم يمم ففيه الغرة) لأننا نعلم أنه ولد فكان كالكمال ، والنبي عليه الصلاة والسلام قضى في الجنين بالغرّة

ولا كفارة في الجنين ، وما يجب فيه مَوْرُوثٌ عنه ، وفي جنتين الأمة نصف عشر قيمته لو كان حياً إن كان ذكراً ، وعشر قيمته لو كان أنثى .

فصل

ومن أخرج إلى طريق العامة روشنا أو ميزاباً أو كنيفاً أو دكاناً فليرجل من عرض الناس أن ينتزعه ، فإن سقط على إنسان ففقطب فالدية على عاقلته ، وإن أصابه طرف الميزاب الذي في الحائط فلا ضمان فيه ، وإن أصابه الطرف الخارج ضمن ،

ولم يفصل ولم يسأل . قال (ولا كفارة في الجنين) لأن القتل غير متحقق لجواز أن لأحية فيه ، وقد بينا أن ما وجب فيه على خلاف القياس بالنص ، ولأنه ورد في الغرة لا غير ، والكفارات طريقها التوقيف أو الاتفاق . قال (وما يجب فيه موروث عنه) لأنه بدل عن نفسه فيورث كالدية ولا يرث الضارب منها لأنه قاتل . قال (وفي جنين الأمة نصف عشر قيمته لو كان حياً إن كان ذكراً ، وعشر قيمته لو كان أنثى) لأن الواجب في جنين الحرة خمسمائة ، وهي نصف عشر الدية ، والدية من الحرة كالقيمة من العبد فيعتبر به ، وغرة الجنين في مال الضارب ، لأن العاقلة لا تعقل العبد . وفي الفتاوى : معتدة حامل احتالت لاتقضاء عدتها بإسقاط الحمل فعليها الغرة للزوج ولا ترث منه ، قد مر الوجه فيه .

فصل

(ومن أخرج إلى طريق العامة روشنا أو ميزاباً أو كنيفاً أو دكاناً فلرجل من عرض الناس أن ينتزعه) لأن المرور في الطريق العام حق مشترك بين جميع الناس بأنفسهم ودوابهم ، فله أن ينقضه كما في الملك المشترك إذا بنى فيه أحدهم شيئاً كان لكل واحد منهم نقضه كذا هذا . قال (فإن سقط على إنسان ففقطب فالدية على عاقلته) لأنه تسبب إلى التلف وهو متعد فيه بشغل طريق المسلمين وهواه بما ليس له حق الشغل ؛ ولو فعل ذلك بأمر السلطان لا يضمن لأنه صار مباحاً مطلقاً لأنه نائب عن جماعة المسلمين ؛ ولو باع الدار بعد ذلك لا يبرأ عن الضمان لأن الجنابة وجدت منه وهي باقية . قال (وإن أصابه طرف الميزاب الذي في الحائط فلا ضمان فيه) لأنه غير متعد في السبب ، لأن طرفه الداخل موضوع في ملكه (وإن أصابه الطرف الخارج ضمن) لأنه متعد فيه .

وإن أصابه الطرفان أو لا يعلم ضمن نصف الدية ، ثم إن كان لا يستتبرأ به أحد جاز له الانتفاع به ، وإن كان يستتبرأ به أحد يكره ، ولكن لأحد من أهل الدرب الغير النافذ أن يفعل ذلك إلا بأمرهم ، وكذا وضع جمرًا في الطريق ضمن ما أحرق في ذلك الموضع ، وإذا مال حائط إنسان إلى طريق العامة فطالبه بنقصه مسلم أو ذمي فلم ينقصه في مدة أمكنه نقصه فيها حتى سقط ضمن ما تكلف به .

(وإن أصابه الطرفان أو لا يعلم ضمن نصف الدية) لأن إضافة الموت إلى أحدهما ليس بأولى من الآخر فيضاف إليهما (ثم إن كان لا يستتبرأ به أحد جاز له الانتفاع به) لأن له فيه حق المرور ولا ضرر فيه فيجوز (وإن كان يستتبرأ به أحد يكره) لأن الإضرار بالناس حرام عقلا وشعرا . قال (وليس لأحد من أهل الدرب الغير النافذ أن يفعل ذلك إلا بأمرهم) لأن الطريق مشترك بينهم فصار كالدان المشتركة ، وإن كان مما جرت به عادة السكنى كوضع المتاع ونحوه لم يضمن لأنه غير متعد نظرا إلى العادة . قال (ولو وضع جمرًا في الطريق ضمن ما أحرق في ذلك الموضع) فإن حركته الريح إلى موضع آخر لم يضمن ما أحرق في ذلك الموضع إلا لأن يكون يوم ريح ، وكذا صب الماء وربط الدابة ووضع الخشب وإلقاء التراب واتخاذ الطين ووضع المتاع ، وكذا لو قعد في الطريق ليستريح أو ضعف عن المشي لإعياء أو مرض فعثر به أحد فأتى وجبت الدية لما قلنا إنه متعد في السبب فصار كحافر البئر على ما مر ، وإن عثر بذلك رجل فوقع على آخر ومات فالضمان على الواضع لأعلى العاثر لأنه هو المتعدى في السبب دون العاثر ، وإن نحى رجل شيئا من ذلك عن موضعه فعطب به إنسان ضمن من نحاه وبرئ الأول ، لأن بالتنحية شغل مكانا آخر وأزال أثر فعل الأول ، فكان الثاني هو الجاني فيضمن ، ولو رش الطريق أو توضأ فيه ضمن ، قالوا : هذا إذا لم يعلم المار بالرش بأن كان أعمى أو ليلا ، وإن علم لا يضمن لأنه خاطر بروحه لما تعدد المشي عليه فكان مباشرا للتلف فلا يكون على السبب ، وكذا لو تعدد المشي على الحجر والخشب الموضوعة فعثر به لاضمان على الواضع ، وقيل هذا إذا رش بعض الطريق ، أما إذا رش جميع الطريق فاته يضمن الواضع لأنه مضطر في المرور عليه لأنه لا يجد غيره ، ولا كفارة على واضع هذه الأشياء ، ولم يحرم به الميراث لأنه مسبب كحافر البئر ، وقد مر . قال (وإذا مال حائط إنسان إلى طريق العامة فطالبه بنقصه مسلم أو ذمي فلم ينقصه في مدة أمكنه نقصه فيها حتى سقط ضمن ما تلف به) والقياس أن لا يضمن ، لأن الميلاق وشغل الهواء ليس بقوله فلم يباشر القتل ولا سببه فلا ضمان عليه . وجه الاستحصان أن الهواء صار مشغولا بمناطله والناس كلهم فيه شركاء هل

وإن بناء ماثلاً ابتداءً فسقط ضمن من غير طلب ، ويضمن الراكب ما وطئت الدابة يدها أو رجلها ، ولا يضمن ما نطحت يديها أو رجلها ،

ما م ، فإذا طوب خريفه يجب عليه ، فإذا لم يفرغ مع الإمكان صار متعدياً وقبل الطلب لم يصر متعدياً ، لأن الميل حصل في يده بفير صنته وصار ككوب ألقته الريح في حجره فطلبه صاحبه بالرد ، فإن لم يردّه مع الإمكان فهلك ضمن ، وإن لم يطلبه لم يضمن ، وإن اشتغل بهدمه من وقت الطلب فسقط لم يضمن لأنه لم يوجد التعدّي من وقت الطلب ، ولو نقضه فشر رجل بالنقض ضمن عند محمد وإن لم يطلب برفه ، لأن الطريق صار مشغولاً بترابه ونقضه فوجب عليه تفريغه . وعن أبي يوسف أنه لا يضمن ما لم يطلب برفه كما في مسألة الثوب ، ولو باع الدار خرج من ضمانه ، ويطالب المشتري بالهدم لأنه لم يبق له ولاية هدم الحائط ، والمطالبة إنما تصحّ ممن له ولاية الهدم حتى لاتصحّ مطالبة المستأجر والمؤمن والمودع ، ويصحّ مطالبة الراهن لقدرته على ذلك بواسطة فكاك الرهن ، وكذلك الأب والوصي والأم في حائط الصبي لقيام ولايتهم ، والضيان في مال الصبي ، لأن فعل هؤلاء كفعله . قال (وإن بناء ماثلاً ابتداءً فسقط ضمن من غير طلب) لأنه متعدّ بالبناء في هواء مشترك على ما بينا . قال (ويضمن الراكب ما وطئت الدابة يدها أو رجلها) .

اعلم أن ركوب الدابة وسيرها إن كان في ملكه لا يضمن ما تولد من سيرها وحركاتها إلا الوطء . لأنه تصرف في ملكه فلا يتقيد بشرط السلامة كحافر البئر في ملكه ، إلا أن الوطء بمنزلة فعله للحصول للملاك بقله ، ولغنا وجبت عليه الكفارة في الوطء دون غيره ، وقد مرّ ، وإن كان في ملك غيره فانه يضمن ما جنت دابته واقفاً كان أو سائراً وطناً ونفحاً وكلماً (١) لأنه متعدّ في السبب لأنه ليس له إيقافها في ملك غيره ، ولا تسيرها حتى لو كان مأذوناً له في ذلك ، فحكمه حكم ملكه وإن كان في طريق العامة وهي مسألة الكتاب فانه يضمن ما وطئت يدها أو رجلها أو كدمت أو صدمت أو أصابت برأسها أو خبطت . (ولا يضمن ما نطحت بذنبها أو رجلها) والأصل فيه أن المرور في الطريق عامّ مباح بشرط السلامة لأن له فيه حقاً فكان مباحاً وفيه حقّ العامة لكونه مشتركاً بينهم فقيدها بشرط السلامة نظراً للجنانين ومراعاة للحقّين ، والوطء وأخواته مما يمكن الاحتراز عنه لكونه مجزئاً من عينه فصحّ التقيد فيها ، والنفحة لا يمكن الاحتراز عنها حالة السير لأنها من خلقه فلا يتقيد بالسلامة ، فإن أوقفها ضمن النفحة أيضاً لأنه يمكن الاحتراز عنه

(١) قوله ونفحاً وكلماً . قال في مختار الصحاح : نفحت الناقة : ضربت برجلها ، وقال أيضاً : الكلام : الضمّ بأدنى القسم كما يكلم الحمار .

وكان رائت في الطريق وهي تسير أو أوقفها لذلك لاضمان فيما تكلف به
وكان أوقفها لتغيره ضمن ، والقائد ضامن لما أصابت بيدها دون رجلها
وكذا السائق ، وإذا وطئت دابة الراكب بيدها أو رجلها يتعلّق به
حرمان الميراث والوصية وتجب الكفارة ، ولو ركب دابة فتخسها آخر
فأصابت رجلاً على الفور فالضمان على الناحس ، وإن اجتمع السائق والقائد
أو السائق والراكب فالضمان عليهما ؛

بأن لا تنف (وإن رائت في الطريق وهي تسير أو أوقفها لذلك لاضمان فيما تلف به) لأنه
لا يمكنه الاحتراز عن ذلك ، أما حالة السير فظاهر ، وكذلك إذا أوقفها لأن من الدواب
من لا يروث حتى يقف . قال (وإن أوقفها لغيره ضمن) لأنه يمكنه الاحتراز عن ذلك
بترك الإيقاف ، والرديف كالراكب لأن السير مضاف إليهما ، وباب المسجد كالطريق
في الإيقاف ؛ فلو جعل الإمام للمسلمين موضعاً لوقوف الدواب عند باب المسجد فلا ضمان
فيما حدث بين الوقوف فيه ، وكذلك من وقوف الدابة في سوق الدواب لأنه مأذون له من
جهة السلطان ، وكذلك القلاة وطريق مكة إذا وقف في غير المحجة لأنه لا يضرب بالناس
فلا يحتاج إلى الإذن . أما المحجة فهي كالطريق . قال (والقائد ضامن لما أصابت يدها
دون رجلها ، وكذلك السائق) مروى ذلك عن شريح ، وقيل يضمن النفع . أما القائد
فلا يمكنه الاحتراز عن الوطء دون النفع كالراكب ؛ وأما السائق فإنه يمكنه الاحتراز
من الوطء أيضاً ؛ وأما النفع قيل لا يضمن لأنه لا يمكن التحرز عنه ، إذ ليس على رجلها
ما يمنعها من النفع ، وقيل يضمن لأن النفع تبين من عينه فيمكن التحرز بإبعاد الناس
عنها والتحذير ، ولا كذلك القائد ، وقائد القطار في الطريق يضمن أوله وآخره لأن عليه
ضبطه وصيانته عن الوطء والصدمة . قال (وإذا وطئت دابة الراكب بيدها أو رجلها يتعلّق
به حرمان الميراث والوصية وتجب الكفارة) وقد بيناه في أوّل الجنايات . قال (ولو ركب
دابة فنحسها آخر فأصابت رجلاً على الفور فالضمان على الناحس) لأن من عادة الدابة
النفع والوثبة عند النخس فكان مضافاً إليه ، والراكب مضطّر في ذلك فلم يصبر سيزها
مضافاً إليه فصار الناحس هو المسبب ؛ ولو سقط الراكب فأتى فالضمان على الناحس
أيضاً لما بينا ، ولو قتلت الدابة الناحس فهو هلر كحافر البئر إذا وقع في البئر ، ولو
أمره الراكب بالناخس ضمن الراكب لأنه صحّ أمره فصار الفعل مضافاً إليه ، ولو نفرت
من حجر وضعه زجل في الطريق ، فالواضع كالناخس ضامن لأن الوضع سبب لنفوز
الدابة أو وثبتها كالنخسة . قال (وإن اجتمع السائق والقائد أو السائق والراكب فالضمان
عليهما) لأن أحدهما سائق للكل ، والآخر قائد لكل يحكم الاتصال ؛ وقيل الضمان على

وإذا اصطدم فارسان أو ماشيان فمات على عاقلة كل واحد منهما دية الآخر ،
وكرر تجاذبا حبلا فانه قطع وماتا فان وقع على ظهرهما فهما هدر ، وإن
سقطا على وجهيهما فعلى عاقلة كل واحد دية الآخر ، وإن اختلفا
فدية الواقع على وجهيه على عاقلة الواقع على ظهره ، وهدر دم الذي وقع
على ظهره ، وإن قطع آخر الحبل فماتا فديةتهما على عاقلته .

الراكب لأنه مباشر على ما قدمنا والسائق مسبب والإضافة إلى المباشر أولى ، وجميع هذه
المسائل إن كان المالك آدميا فالدية على العاقلة لأنها تتحمل الدية في الخطأ تخفيفا على القاتل
مخافة استئصاله ، وهذا دون الخطأ في الجنابة فكان أولى بالتخفيف ، وإن كان غير
آدمي كالذئب والعروض ففي مال الجنابي لأن العاقلة لا تتحمل الأموال . قال : (وإذا اصطدم
فارسان أو ماشيان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر) لأن قتل كل واحد مضاف
إلى فعل الآخر لا إلى فعلهما ، لأن القتل يضاف إلى سبب محذور ، وفعل كل واحد منهما
وهو المشي في الطريق مباح في حق نفسه محذور في حق صاحبه إذ هو مقيد بشرط السلامة
على ما بينا ، فقط اعتبر فعله في حق نفسه لكونه مباحا فيضاف قتله كله إلى فعل الآخر
لكونه محظورا في حقه وصار كالماشي مع الحافر ، فإن التلف حصل بفعلهما وهو الحفر
والمشي ، ومع هذا فإن التلف إنما يضاف إلى فعل الحافر لأنه محذور لا إلى فعل الماشي
لأنه مباح ، ولو كانا عامدين في الاصطدام ضمن كل واحد منهما نصف الدية ، لأن
فعل كل واحد منهما محذور فأضيف التلف إلى فعلهما ، ولو كانا عبيدين فهما هدر .
أما في الخطأ فلأن الجنابة تعلقت برقبة كل واحد منهما دفعا أو فداء وقد فات بغير فعل
المولى لا إلى بدل فسقط ضرورة ، وأما العمد فلأن كل واحد منهما هلك بعد ما جنى
فسقط القصاص . في نوادر ابن رستم رجل سار على دابة فجاء راكب من خلفه فصلمه
فغضب المؤخر لاضمان على المقدم ، وإن غطب المقدم فالضمان على المؤخر ، وكذا في
السفيتين . ولو كانا دابتين وعليهما راكبان قد استقبلتا اصطلمتا فمطلبت إحداهما فالضمان
على الآخر . قال : (ولو تجاذبا حبلا فانه قطع وماتا ، فان وقع على ظهرهما فهما هدر)
لأن موت كل واحد منهما مضاف إلى فعله وقوة نفسه لا قوة صاحبه (وإن سقطا على
وجهيهما فعلى عاقلة كل واحد دية الآخر) لأنه سقط بقوة صاحبه وجذبه (وإن اختلفا
فدية الواقع على وجهه على عاقلة الواقع على ظهره) لأنه مات بقوة صاحبه (وهدر دم
الذي وقع على ظهره) لأنه مات بقوة نفسه (وإن قطع آخر الحبل فماتا فديةتهما على عاقلته) .
لأنه مضاف إلى فعله وهو القطع فكان مسيئا .

فصل

إِذَا جَنَى الْعَبْدُ خَطَاً فَقَوْلَاهُ إِمَّا أَنْ يَدْفَعَهُ إِلَىٰ وَلِيِّ الْجَنَائَةِ فَيَمْلِكُهُ
أَوْ يَقْدِرَهُ بِأَرْضِهِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ جَنَى ثَانِيًا وَثَالِثًا ، وَإِنْ جَنَى جَنَائَتَيْنِ فَلَمَّا أَنْ
يَدْفَعَهُ إِلَيْهِمَا يَقْتَضِيَانِهِ بِقَدْرِ مَا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِنْ أَرْضٍ جَنَائِيَةٍ ،
أَوْ يَقْدِرَهُ بِأَرْضِهِمَا ،

فصل

(إِذَا جَنَى الْعَبْدُ خَطَاً فَقَوْلَاهُ إِمَّا أَنْ يَدْفَعَهُ إِلَىٰ وَلِيِّ الْجَنَائَةِ فَيَمْلِكُهُ أَوْ يَقْدِرَهُ بِأَرْضِهِ)
وسواء كانت الجنائية على حرٍّ أو عبدٍ في النفس أو فيا دونها قلَّ أرضها أو كثر ، لما روى
عن ابن عباس أنه قال : إِذَا جَنَى الْعَبْدُ فَوَلَاهُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ دَفَعَهُ وَإِنْ شَاءَ فَدَاهُ . وعن
عمر رضي الله عنه : عِيدُ النَّاسِ أَمْوَالُهُمْ وَجَنَائَتُهُمْ فِي رِقَبَتِهِمْ . وعن عليٍّ رضي الله عنه
مثله ، ولأنها جنائية يمكن استيفاؤها من الرقبة فتتعلق بها الجنائية كجنائية العمد . وإذا
تعلقت برقبته ، فإذا خلى المولى بينه وبين وليَّ الجنائية سقطت المطالبة عنه كما في العمد ، ولأنه
إنما خوطب بالجنائية لأجل ملكه ، فإذا سقط حقه زالت المطالبة كالوارث إِذَا خَلَى بَيْنَ
الْوَكَّةِ وَبَيْنَ أَرْبَابِ الدِّيُونِ ، فإذا اختار الفداء فحقَّ وليَّ الجنائية في الأرض ، فإذا استوفاه
سقط حقه ، إلا أن الواجب الأصلي هو الدفع حتى يسقط موجب الجنائية بموت العبد لقوات
عمله ، إلا أن له حتى الفداء لما ذكرنا كدفع القيم في الزكاة . ولو اختار المولى الفداء ثم مات
العبد فالفداء عليه ، لأن بالاختيار انتقل الحق من الرقبة إلى الذمة فلا يسقط بموت العبد
كفیره من الديون ، وليست جنائية العبد كدينه في تعلقه برقبته ، لأن جنائية الحر الخطأ
يطالب بها غيره وهم العاقلة ، ودينونه لا يطالب بها غيره ، فلكذلك العبد جنائيه
الخطأ يطالب بها غيره وهو المولى ، ودينونه تتعلق به ، ولا يطالب بها غيره ، وإنما
يملكه بالدفع لأنه عوض جنائيه فيملكه كسائر المعاوضات . قال (وكذلك إِنْ
جَنَى ثَانِيًا وَثَالِثًا) معناه إِذَا جَنَى بَعْدَ الْفَدَاءِ مِنَ الْأَوَّلَى يَغْيِرُ الْمَوْلَى كَالأَوَّلَى لِأَنَّهُ لَمَّا فَدَاهُ
فَقَدْ طَهَرَ عَنِ الْجَنَائَةِ وَصَارَتْ كَأَنْ لَمْ تَكُنْ فَهَذِهِ تَكُونُ جَنَائَةً مُبْتَدَأَةً ، وكذا الثالثة
والرابعة وغيرها . قال (وَإِنْ جَنَى جَنَائَتَيْنِ فَلَمَّا أَنْ يَدْفَعُهُ إِلَيْهِمَا يَقْتَضِيَانِهِ بِقَدْرِ مَا لِكُلِّ
وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِنْ أَرْضٍ جَنَائِيَةٍ أَوْ يَقْدِرُهُ بِأَرْضِهِمَا) وكذلك إِنْ جَنَى عَلَى جَمَاعَةٍ إِمَّا أَنْ يَدْفَعَهُ
إِلَيْهِمْ يَقْسِمُونَهُ بِالْخَصَصِ ، وإما أَنْ يَدْفَعَهُ بِجَمِيعِ أَرْضِهِمْ ، لأن تعلق الجنائية برقبته لا يمنع
تعلق مثلها كما في الديون ، ولأن حقَّ المولى لم يمنع تعلق الجنائية برقبته ، فحقَّ وليَّ الجنائية

وَأَنَّ أَعْتَقَهُ الْمَوْلَى قَبْلَ الْعِلْمِ بِالْجَنَائَةِ ضَمِنَ الْأَقْلُ مِنْ قِيَمَتِهِ وَمِنْ الْأَشْيَاءِ ،
وَبَعْدَ الْعِلْمِ يَضْمَنُ جَمِيعَ الْأَرْضِ ، وَفِي الْمُدَبَّرِ وَأُمُّ الْوَكْدِ يَضْمَنُ الْأَقْلُ
مِنْ قِيَمَتِهَا وَمِنْ الْأَرْضِ ، وَأَنَّ عَادَ فَجَنَى وَقَدْ دَفَعَ الْقِيَمَةَ بِقَضَاءٍ فَلَا شَيْءَ
عَلَيْهِ ، وَيُشَارِكُ وَلِيُّ الْجَنَائَةِ الثَّانِيَةِ الْأَوَّلَ فِيهَا أَخَذَ ، وَأَنَّ دَفَعَ الْمَوْلَى الْقِيَمَةَ
بِغَيْرِ قَضَاءٍ ، فَإِنْ شَاءَ الثَّانِي شَارَكَ الْأَوَّلَ ، وَأَنَّ شَاءَ اتَّبَعَ (مَم) الْمَوْلَى ، ثُمَّ
يَرْجِعُ الْمَوْلَى عَلَى الْأَوَّلِ ،

الأولى أولى أن لا يمنع . قال (وإن أعتقه المولى قبل العلم بالجناية ضمن الأقل من قيمته ومن
الأرض وبعد العلم يضمن جميع الأرض) لأن حقه في أحدهما ، ففي الأولى خياره باق
فيختار الأقل ، وفي الثانية لما علم فقد اختار الفداء لأن بالعتق امتنع الدفع بسبب من جهته
فكان مختاراً للفداء ، والبيع والهبة والتدبير والاستيلاء بمنزلة الإعناق ، لأن كل ذلك يمنع
الدفع ، وكذلك لو باعه من المحي عليه كان اختياراً ، ولو وهبه لا لأن المستحق أخذه
بغير عوض وقد وجد في الهبة دون البيع قال (وفي المدبر وأُمُّ الولد يضمن الأقل من
قيمتها ومن الأرض) لما روى أن أبا عبيدة بن الجراح قضى بجناية المدبر على مولاه وهو
أمير الشام محض من الصحابة من غير تكبير ، ولأن المولى صار مانعاً من تسليمه في الجناية
بالتدبير والاستيلاء من غير اختيار للفداء فصار كما إذا دبره وهو لا يعلم بالجناية ، وإنما
لزمه الأقل لأن الأرض إن كان أقل فلا حتى لولي الجناية غير الأرض ، وإن كانت
القيمة أقل فلم يثلف بالتدبير إلا الرقبة . قال (وإن عاد فجنى وقد دفع القيمة بقضاء فلا
شئ عليه ، ويشارك ولي الجناية الثانية الأول فيما أخذ) لأن جنائيات المدبر وإن تعددت
لا توجب إلا قيمة واحدة ، لأنه لم يمنع إلا رقبة واحدة والصهان متعلق بالمنع فصار كأنه
دبره بعد الجنائيات ، ولأن دفع القيمة كدفع العبد ، ودفع العبد لا يتكرر فكذا القيمة ،
ويتضاربون بالخصص في القيمة كما مر . قال (وإن دفع المولى القيمة بغير قضاء ، فإن شاء
الثاني شارك الأول ، وإن شاء اتبع المولى ، ثم يرجع المولى على الأول) وقال : لأشئ .
على المولى ، لأنه لما دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع الحق إلى مستحقه وصار
كما إذا دفعه بقضاء . ولأن حنيفة أن الجنائيات استند ضمانها إلى التدبير الذي صار المولى به
مانعاً ، فكأنه دبر بعد الجنائيات فيثقل حتى جماعتهم بالقيمة ، فإذا دفعها بقضاء فقد زالت
يده عنها بغير اختياره فلا يلزمه ضمانها ، وإن دفعها بغير قضاء فقد سلم إلى الأول ما تعلق
به حتى الثاني ، فالثاني أن يضمن أيهما شاء المولى ، لأنه جنى بالدفع إلى غير مستحقه ،
والأول لأنه قبض حقه ظلماً وصار كالوصى إذا صرف التركة إلى الغرماء ثم ظهر غريم
آخر ، فإن دفعه بقضاء شارك الغريم الآخر الغرماء فيما قبضوه ، وإن دفع بغير قضاء ،

وَمَنْ قَتَلَ عَبْدًا خَطَاً فَعَلَيْتِهِ قِيَمَتُهُ لَا يُزَادُ (ن) عَلَى عَشْرَةِ آلَافٍ دِرْهَمٍ إِلَّا عَشْرَةٌ ، وَلِلْأَمَةِ خَمْسَةُ آلَافٍ إِلَّا عَشْرَةٌ ، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ فَعَلَيْتِهِ قِيَمَتُهُ ،

إن شاء رجع على الوصي ، وإن شاء شارك الغرماء كذا هذا ، فإن اتبع المولى رجع المولى على الأول لأنه سلم إليه غير حقه ، وإن شارك الأول لم يرجع على أحد ، لأن الحاصل الضمان عليه ، وتعتبر قيمة المدير لكل واحد منهم يوم جنى ، عليه ولا يعتبر التدبير لأن المولى صار مانعاً من تسليمه في الحال بالتدبير السابق فكانه جنى ثم دبره ، فتعتبر قيمته حينئذٍ مثاله : قتل قتيلًا خطأ وقيمه ألف فازدادت خمسمائة ، ثم قتل آخر فولى الجناية الثانية بأخط من المولى خمسمائة فضل القيمة تحسب عليه من أرض جنتائه ، فتقسم الألف على تسعة وثلاثين جزءاً ، لأن ما زاد على القيمة بعد الجناية الأولى لاحقٌ لوليتها فيه لأنها حدثت وقد تملكت حقه في اللمة فينفرد بها ولّى الجناية الثانية فيبقى له من الدية تسعة آلاف وخمسمائة وللأول دية كاملة عشرة آلاف ، فأجعل كل خمسمائة بينهما للأول عشرون وللثاني تسعة عشر فالقسم الألف كذلك ؛ ولو جنى المدير خطأ ثم مات عقيباً بلا فصل لم تبطل القيمة على المولى لأنها وجبت في ذمته عقيب الجناية ، فبقاء الرقبة وتلفها سواء ، وكذلك لو رمى بعد الجناية لا ينقص شيء من القيمة لما بينا ؛ ولو أعتق المدير المولى وقد جنى جناتيات لم تُلزَم إلا بقيمة واحدة ، لأن الضمان إنما وجب عليه بالمنع بالتدبير فكان الإعتاق بعده وعلمه سواء . وإذا أقر المدير بجناية خطأ لم يجوز إقراره ولا يلزمه شيء عتق أو لم يعتق لأنها لازمة لمولاه ، وإقراره على المولى لا يتعلق به حكم . قال (ومن قتل عبداً خطأ فعليه قيمته لايزاد على عشرة آلاف درهم إلا عشرة ، وللأمة خمسة آلاف إلا عشرة ، وإن كان أقل من ذلك فعليه قيمته) وقال أبو يوسف : تجب قيمته بالغة ما بلغت ؛ ولو غصب عبداً قيمته عشرون ألفاً فهل في يده تجب قيمته بالإجماع . لأن يوسف أنها جناية على المال فتجب القيمة غير مقدرة كالبهايم ، وهذا لأن الواجب للمولى ، والمولى إنما يملكه من حيث المالية فيكون الواجب بدل المالية . وعن علي وابن عمر رضي الله عنهم مثل قوله . ولهذا قوله تعالى - فدية مسلمة إلى أهله - مطلقاً ، والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية ، ولأنها جناية على نفس آدمي فلا يزيد على عشرة آلاف كالحر ، ولأن الماعى التي في العبد موجودة في الحر ، وفي زيادة الحرية ؛ فإذا لم يجب فيه أكثر من الدية فلأن لا يجب في العبد مع نقصانه أولى ، ولأن فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفاً ، وفيه معنى المالية والجمع بينهما معتذر ، والآدمية أعلى فتعتبر ؛ ويسقط الأدنى بخلاف البهايم لأنها مال محض ، وبخلاف الغنم لأن الغنم إنما يرد على المال فكان الواجب بمقابلة المال . وعن ابن مسعود

وَمَا هُوَ مُقَدَّرٌ مِنَ الدِّيَةِ مُقَدَّرٌ مِنْ قِيَمَةِ الْعَبْدِ

باب القسامة

الْقَتِيلُ : كُلُّ مَيِّتٍ بِهِ أَثَرٌ ، فَإِذَا وَجِدَ فِي حِمْلَةٍ لَا يُعْرَفُ قَاتِلُهُ وَادَّعَى وَلِيَّهُ الْقَتْلَ عَلَى أَهْلِهَا أَوْ عَلَى بَعْضِهِمْ عَمْدًا أَوْ خَطَأً وَلَا بَيِّنَةً لَهُ يُنْتَخَرُ مِنْهُمْ خَمْسِينَ رَجُلًا يَحْلِفُونَ بِاللَّهِ مَا قَتَلْنَاهُ وَلَا عَلِمْنَا لَهُ قَاتِلًا ، ثُمَّ يَقْضَى بِاللَّيَّةِ عَلَى أَهْلِ الْحِمْلَةِ ،

مثل مذهبهما . وأما قليل القيمة فالواجب بمقابلة الآدمية أيضا ، إلا أنه لانص فيه فقد رناه بقيمته رأيا إذ هو الأعدل ، وفي كثير القيمة نص لأنه ورد في الخبر بعشرة آلاف ، إلا أنا نقصنا دية العبد من ذلك إظهارا لشرفه وانحطاطا لرتبة العبد عنه ، والتقدير بعشرة مأمور عن ابن عباس رضي الله عنهما ، ولأنه أقل مال له خطر في الشرع لأن به تسبيح الفروج والأيدى فقد رناه به ، وكذلك الأمة على الخلاف والتعليل في كثير القيمة وقليلها . قال (وما هو مقدر من الدية مقدر من قيمة العبد) ففي يد العبد خمسة آلاف إلا خمسة إذا كان كثير القيمة ، لأن الواجب في نفسه عشرة آلاف إلا عشرة واليد نصف الآدمي فيجب نصف ما في النفس ، وعلى هذا سائر الأعضاء .

باب القسامة

وهي مصدر أقسم يقسم قسامة ، وهي الإيمان ، وخص هذا الباب بهذا الاسم لأن مبناه على الإيمان في الدعاء ، وهي مشروعة بالإجماع ، والأحاديث على ما يأتيك . قال (القتل : كل ميت به أثر) أي أثر القتل ؛ لأنه إذا لم يكن به أثر فالظاهر أنه مات حتف أنفه وليس يقتل فلا يتعلق به يمين ولا ضمان ، وأثر القتل جرح ، أو أثر ضرب أو خنق أو خروج الدم من عينه أو أذنه ، لأن الدم لا يخرج منها عادة إلا بفعل ، أما إذا خرج من فيه أو دبره أو ذكره فليس يقتل ، لأن الدم يخرج من هذه المواضع من غير فعل عادة ، وهذا لأن القتل من فاته حياته بسبب يباشره غيره من الناس عرفا ، فإذا علمنا أنه قتل (فإذا وجد في حمله لا يعرف قاتله) لأنه إذا عرف قاتله لاقسامه ، فإذا لم يعرف (وادعى وليه القتل على أهلها أو على بعضهم عمدا أو خطأ ولا بينة له يفتار منهم خمسين رجلا) لأن الحق له فلا بد من دعواه ، وإذا كان له بينة فلا حاجة إلى القسم ، فإذا ادعى ولا بينة له وجبت اليمين فيختار خمسين رجلا (يحلفون بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا ، ثم يقضى بالدية على أهل الحيلة) أي على عاقلتهم . والأصل في ذلك ما روى أن عبادة

ابن سهل وجد قتيلًا في قلب (١) في خير فجاء أخوه عبد الرحمن وعماه حويصة ومحيصة إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام ، فذهب عبد الرحمن يتكلم ، فقال عليه الصلاة والسلام : الكبير الكبير ، فتكلم الكبير من عمه فقال : يا رسول الله إنا وجدنا عبد الله قتيلًا في قلب من قلب خير ، فقال عليه الصلاة والسلام : تبرؤكم اليهود بخمسين يمينا يحلفون أنهم ما قتلوه ؟ قالوا : كيف نرضى بأيمان اليهود وهم مشركون ؟ فقال : فيقسم منكم خمسون وجلا أنهم قتلوه ؟ قالوا : كيف نقسم على ما لم نره ؟ فوداه عليه الصلاة والسلام من عنده وعن سعيد بن المسيب « أن القسامة كانت في الجاهلية ، وأقرها رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتل من الأنصار وجد في جب اليهود ، فأرسل رسول الله عليه الصلاة والسلام إلى اليهود وكلفهم قسامة خمسين ، فقالت اليهود له : نحلف ، فقال للأنصار : أتحلفون وتستحقون ؟ فقالت الأنصار : لن نحلف ، فألزم اليهود دينه لأنه قتل بين أظهرهم ، وزوى « أن رجلا جاء إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام فقال : يا رسول الله إني وجدت أخي قتيلًا في بني فلان ، فقال رسول الله عليه الصلاة والسلام : اجمع منهم خمسين يحلفون بالله ما قتلوه ولا علموا له قاتلا ، فقال : يا رسول الله مالي من أخي إلا هذا ؟ قال : بلى مائة من الإبل ، فدللت هذه الأحاديث على وجوب الأيمان والدية على أهل الحلة ، وتردد على من يقول بوجوب البداءة يمين الولي ، ولأن أهل الحلة يلزمهم نصره محلتهم وحفظها وصيانتها عن التوائب والقتل ، وصون الدم المصوم عن السفك والهدر ، فالشرع ألحقهم بالقتلة لترك صيانة الحلة في حق وجوب الدية صونا للآدمي المحترم المصوم عن الإهدار ، ولأن الظاهر أن القاتل منهم وإنما قتل بظهورهم فصاروا كالمارقة . وأما قوله عليه الصلاة والسلام للأنصار « أتحلفون وتستحقون ؟ » فهو على طريق الإنكار عليهم لما قالوا : لأنرضى يمين اليهود ، ولهذا ثبت فيه التوثق ، ولو كان أمرا لقال : احلفوا تستحقوا دم صاحبكم ، وما روى « تحلفون وتستحقون » فعنه أتحلفون كقوله تعالى - تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة - أي أتريدون ، ولأن البداءة يمين الولي مخالفت لقوله عليه الصلاة والسلام « البيعة على المدعى واليمين على من أنكر » ولأنه يدخل تحت قوله تعالى - إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا - الآية ، ويختار الولي خمسين رجلا لأن اليمين حقه فيختار من يظهر حقه باختياره ، أما من اتهمه بالقتل أو الصالحين منهم ليحترزوا عن اليمين الكاذبة فيظهر القاتل ، فإذا حلفوا قضى بالدية على عاقلتهم لما روي .

(١) قال في مختار الصحاح : القلب : البئر قبل أن تطوى . قلت : يعني قبل أن تبنى بالحجارة ونحوها ، يذكر ويثبت ، قال أبو حنيفة : سمي البئر العادية القديمة اهـ .

وَجَدَ بَدَنَهُ أَوْ أَكْثَرَهُ أَوْ نَصْفَهُ مَعَ الرَّأْسِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِمْ خَمْسُونَ كَرَّرْتَ الْإِيمَانَ عَلَيْهِمْ لَيْسَ خَمْسِينَ ، وَمَنْ ابْنِي مِنْهُمْ خَمْسِينَ حَتَّى يَخْلِفَ ، وَلَا يَقْضَى بِالْأَدِيَةِ يَمِينِ الْوَلِيِّ ؛

وسواء ادعى القتل على جميع أهل الحلة أو على بعضهم معينين أو مجهولين لإطلاق النصوص . وعن أبي يوسف إذا ادعى على بعض بأعيانهم تسقط القسامة والدية عن الباقيين ، فإن كان له بيعة وإلا يستحلف المدعى عليه يمينا واحدة كسائر الدعاوى . قال (وكذلك إن وجد يده أو أكثره أو نصفه مع الرأس) لأن النص " ورد في البدن " ، ولأن أكثر حكم الكل تعظيما للأدنى ، وإن وجد نصفه مشقوقا بالطول أو أقل من النصف ومعه الرأس ، أو وجد رأسه أو يده أو رجله أو عضو منه آخر فلا قسامة ولا دية ، لأن النص " ورد في البدن وهذا ليس في معناه ، ولأنه لو وجبت فيه القسامة لوجب لو وجد عضو آخر أو النصف الآخر فتكرر القسامة أو الدية بسبب نفس واحدة ولم يرد بذلك نص " . قال (فإن لم يكن فيهم خمسون كَرَّرْتَ الْإِيمَانَ عَلَيْهِمْ لَيْسَ خَمْسِينَ) لما روى أن رجلا قتل بين حينين باليمن وادعة وأرحب (١) ، فكتبوا إلى عمر رضي الله عنه أنه وجد قتيل لا يدري من قتله ؛ فكتب عمر أن قس بين القريتين فأبهم كان أقرب فالزمهم ، فكان إلى وادعة فأثروا عمر رضي الله عنه وكانوا تسعة وأربعين رجلا فأحلفهم وأعاد اليمين على رجل منهم حتى ثموا خمسين ثم ألزمهم الدية ، فقالوا : نعطي أموالنا وإيماننا ؟ فقال نعم ثم بطل (٢) دم هذا ؟ قال (ومن أبى منهم حبس حتى يخلف) لأن اليمين في القسامة نفس الحق ، ألا ترى أنه يجمع بينها وبين الدية ؟ ويبدل عليه ما تقدم من حديث عمر رضي الله عنه حين قالوا : تبذل أموالنا وإيماننا ، أما تجزئ منه عن هذه ؟ قال لا ، وإذا كانت نفس الحق يجبس عليه لأنه قادر على أدائه ، بخلاف الامتناع عن اليمين في الأموال ، لأن اليمين فيها بدل عن الحق حتى يسقط يبدل المدعى ، فإذا نكل لزمه المال وهو حقه ، فلا معنى للحبس بما ليس بحق . أما هنا لا يسقط اليمين يبدل الدية وكان الحبس بحق فأفارقا . وعن أبي يوسف أنه يجب الدية بالنكول كما في سائر الدعاوى ، وجوابه مأمور أنه مستحق عليه لنفسه : قال (ولا يقضى بالدية يمين الولي) لأن اليمين شرعت للدفع لا للاستحقاق ، ولأن النبي عليه الصلاة والسلام أوجب اليمين على المنكر للدفع عنه بقوله « واليمين على المنكر » والولي يحتاج إلى الاستحقاق فلا يشرع في حقه ، ولأنه لا يستحق بيمينته المال المبتذل المهان ، فلأن لا تستحق النفس المحترمة أولى .

(١) قوله وادعة وأرحب : هما قبيلتان من همدان كذا رأيت معزيا للنهاية .

(٢) قوله بطل : أى يهلك .

ولا يدخل في القسامة صبي ولا مجنون ولا عبد ولا امرأة ، وإن ادعى الولي القتل على غيرهم سقطت عنهم القسامة ، ولا تقبل شهادتهم (سم) على المدعى عليه ، وإن وجد على دابة يسوقها إنسان فالدابة على عاقلة السائق وكذا القائد والراكب ، وإن وجد في دار إنسان فالقسامة عليه وعلى عاقلته (من) إن كانوا حضوراً ، وإن كانوا غيباً كررت الأيمان عليه والدابة على العاقلة ،

قال (ولا يدخل في القسامة صبي ولا مجنون) لأنهما ليسا من أهل اليمين (ولا عبد ولا امرأة) لأنهما ليسا من أهل النصرة ، وإنما يجب على أهلها . قال (وإن ادعى الولي القتل على غيرهم سقطت عنهم القسامة ولا تقبل شهادتهم على المدعى عليه) لأن اليمين إنما تلزم بالدعوى وكذلك الدية ولم يدع عليهم ، ثم إن كان له بيعة على المدعى عليه وإلا يلزمه يمين واحدة كسائر الدعاوى فإن حلفه برئ وإن نكل فعلى خلاف مرقى الدعوى ، وإنما لا تقبل شهادتهم لأنهم تميّنوا للخصومة حيث وجد القتل فيهم فصاروا كالوكيل بالخصومة ، والوصى إذا شهد بعد الغزل والخروج عن الرصية ، ولأنهم متهمون في شهادتهم لاحتمال أنه جعل ذلك وسيلة إلى قبول شهادتهم . وقال : تقبل لأبيه لما ادعى على غيرهم سقطت عنهم القسامة فلا تهم في شهادتهم وجوابه مامر قال (وإن وجد على دابة يسوقها إنسان فالدية على عاقلة السائق) لأن الدابة في يده فكانه وجهه في داره (وكذا القائد والراكب) ولو اجتمعوا فالدية على عاقلتهم لأن الدابة في أيديهم . قال (وإن وجد في دار إنسان فالقسامة عليه وعلى عاقلته إن كانوا حضوراً) وقال أبو يوسف : لا قسامة على العاقلة لأن رب الدار أخص بالدار من غيره فصار كأهل الحلة لا يشاركون في القسامة غيرهم . ولهما أن بالحضور تلزمهم نصرة البقرة كصاحب الدار فيشاركونه في القسامة (وإن كانوا غيباً كررت الأيمان عليه والدية على العاقلة) لما تقدم ، وإن وجد في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لآخر وسدسها لآخر والباقي لآخر فالقسامة على عدد رؤسهم لأنهم يشتركون في التدبير فكانوا في الحفظ سواء ، والقسامة على أهل الحطة ، وهم الذين خطّ لهم الإمام عند فتحها ولا يدخل معهم المشترون . وقال أبو يوسف : يشترك الكل في ذلك لأنها وجبت بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ والولاية بالملك ، فيستوى أهل الحطة والمشترون لاستوائهم في الملك . ولهما أن أهل الحطة أخص بنصرة البقرة ، والحكم يتعلق بالأخص فكان المشتري معهم كالأجنبي ، ولأن العقل تعلق في الأصل بأهل الحطة فما بقى منهم واحد لا ينتقل عنهم كوكال الأب إذا لزمهم العقل لا ينتقل إلى مولى الأم ما بقى منهم واحد ، وقيل بأن أبا حنيفة شاهد الكوفة وأهل الحطة كانوا يدبرون أمر الحطة وينصرونها يوم المشتري ، فبقي الأمر

وَإِنْ وَجِدَ بَيْنَ قَرَيْتَيْنِ فَعَلَى أَقْرَبِهِمَا إِذَا كَانُوا يَسْمَعُونَ الصَّوْتِ ، وَلَوْ وَجِدَ فِي السَّفِينَةِ فَالْقِسَامَةُ عَلَى الْمَلَّاحِينَ وَالرُّكَّابِ ، وَفِي مَسْجِدٍ عَجَلَةً عَلَى أَهْلِهَا ، وَفِي الْجَامِعِ وَالشَّارِعِ الْأَعْظَمِ الدِّينَةُ فِي بَيْتِ الْمَالِ وَلَا قِسَامَةَ ،

على ذلك ، فإذا لم يبق من أهل الخطة أحد وكان في الحلة مشترون وسكان ، فالقسامة على الملاك دون السكان . وقال أبو يوسف : عليهم جميعا لأن النبي عليه الصلاة والسلام أوجب القسامة على يهود خيبر وكانوا سكانا ، ولأن الساكن يلي التدبير كالمالك . ولهما أن المالك أخص بالبقعة ونصرتها ، ألا ترى أن السكان يكونون في وقت وينقلون في وقت فتجب القسامة على من هو أخص ، وأما أهل خيبر فالنبي عليه الصلاة والسلام أقرهم على أملاكهم . وكان يأخذ منهم الخراج ، قال (وإن وجد بين قريتين فعل أقربهما) لما روى أبو سعيد الخدري « أن النبي عليه الصلاة والسلام أمر في مظه بأن يلزع بين القريتين » ولما مر من حديث عمر رضي الله عنه ، وهذا (إذا كانوا يسمعون الصوت) لأنه يلحقه الغوث ، فأما إذا كانوا لا يسمعون الصوت ولا يلحقه الغوث فلا شيء عليهم ، ولو كان يسمع الصوت أهل إحدى القريتين دون الأخرى فالقسامة على الذين يسمعون لما قلنا (ولو وجد في السفينة فالقسامة على الملاحين والركاب) وهذا على قول أبي يوسف ظاهر لأنه يرى القسامة على الملاك والسكان . وأما على قولهما فالسفينة تنقل وتحمل فتعتبر فيها اليد دون الملك كالدابة ، ولا كذلك الدار والحلة فافترقا . قال (وفي مسجد حلة على أهلها) لأنهم أخص بنصرته والتصرف فيه فكانه وجد في محلهم . قال (وفي الجامع والشارع الأعظم الدية في بيت المال ولا قسامة) وكذلك الجسور العامة لأن ذلك لا يختص بالبعض بل يتعلق بجماعة المسلمين ، فما يجب لأجله يكون في بيت مالهم ، ولأن العين للهمة وذلك لا يوجد في جماعة المسلمين ، وكذلك لو وجد في السجن . وقال أبو يوسف : القسامة على أهل السجن والدية على عاقلتهم ، لأن الظاهر أن القتل وجد منهم . ولهما أنهم مقهورون لانصرته لهم فلا يجب عليهم ما يجب لأهل النصره ، ولأن منفعة السجن لجماعة المسلمين ، لأنه وضع لاستيفاء حقوقهم ولدفع الضرر عنهم فكانت النصره عليهم ، وهذه من فروع المالك والساكن لأن أهل السجن كالسكان فلا يجب عليهم شيء خلافا لأبي يوسف ، وإن وجد في السوق إن كان مملوكا فعلى الملاك . وعند أبي يوسف على السكان أيضا ، وإن كان غير مملوك أو هو للسلطان فهو كالشارع العام الذي ثبت فيه حق جماعة المسلمين وسوق السلطان للمسلمين ، فما يجب فيه يكون في بيت المال ويؤخذ في ثلاث سنين ، لأن حكم الدية التأجيل كما في العاقلة فكل ذلك غيرهم ، ألا ترى أنها تؤخذ من مال المقر بقتل الخطأ في ثلاث سنين ؟

وإن وجد في برية أو في وسط القرى فهو هدر ، وإن كان محتبسا بالشاطيء
فعل أقرب القرى منه إن كانوا يسمعون الصوت .

باب المعاقل

وهي جمع معقلة وهي الدية ، والمعاقلة الذين يؤذونها ،

قال (وإن وجد في برية أو في وسط القرى فهو هدر) لأنه لا يد لأحد عليه ولا يملك لأحد ولا يسمع الصوت منه أهل مصر ولا قرية فكان هدرا . قال (وإن كان محتبسا بالشاطيء
فعل أقرب القرى منه إن كانوا يسمعون الصوت) لأنهم أخص به من غيرهم ، ألا ترى
أنهم يشربون منه ويوردون عليه دوابهم فكانوا أخص بنصرته فيجب عليهم كأهل الحلة ،
ولو وجد في نهر صغير خاص مما يقضى فيه بالشفعة فعل عاقلة أرباب النهر لأنه يملك
لهم ، فهم أخص به من غيرهم فيتعلق بهم ما يوجد فيه كالدر والسوق والمملوك ؟ ومن
وجد قتيلًا في دار نفسه فدينته على عاقلته لورثته ، وقالوا : لا شيء فيه لأن الدار في يده
حالة الجرح فكأنه قتل نفسه ، ولو قتل نفسه كان هدرا كذا هذا . ولأى حنيفة أن
القسامة وجبت لظهور القتل وحالة الظهور الدارملك الورثة فتجب الدية على عاقلهم ، وهل
تجب القسامة عليهم ؟ فيه اختلاف المشايخ ، وهذا بخلاف ما إذا وجد المكاتب قتيلًا
في دار نفسه ، لأن الدار على ملكه حالة ظهور القتل ، فكأنه قتل نفسه فهدر .

رجلان في بيت لثالث مهمما وجد أحدهما قتيلًا يضمن الآخر الدية عند أبي يوسف ،
وقال محمد : لا شيء عليه لأنه احتمل أنه قتل نفسه وأنه قتله صاحبه فلا تجب الدية بالشك .
ولأبي يوسف أن الإنسان لا يقتل نفسه ظاهرا فسقط اعتباره كما إذا وجد في محلة .

باب المعاقل

(وهي جمع معقلة وهي الدية) وسميت الدية عقلا لوجهين : أحدهما أنها تعقل الدمل
من أن تراق . والثاني أن الدية كانت إذا أخذت من الإبل تجمع فتعقل ثم تساق إلى ولي
الجنانية (والمعاقلة الذين يؤذونها) والأصل في وجوب الدية على العاقلة ما تقدم من حديث
الجنين حيث قال عليه الصلاة والسلام لأولياء الضاربة : قوموا فلدوه ، وروى أنه عليه
الصلاة والسلام جعل على كل بطن من الأنصار عقلة ، والمعقول أيضا يدل عليه ، وهو
أن الخاطيء معذور ، وعذره لا يعدم حرمة النفس بل يمنع وجوب العقوبة عليه فأوجب
الشرع الدية صيانة للنفس عن الإهدار ، ثم في إيجاب الكل عليه لإجفاف واستئصال به
فيكون عقوبه له ، فتضم المعاقلة إليه دفعا للعقوبة عنه ، ولأن ذلك إنما يكون بظهور

وَيَجِبُ عَلَيْهِمْ كُلُّ دِيَةٍ وَجَبَتْ بِنَفْسِ الْقَتْلِ ، فَإِنْ كَانَ الْقَاتِلُ مِنْ أَهْلِ الدِّيَّانِ فَهُمْ عَاقِلَتُهُ ، وَتُؤْخَذُ مِنْ عَطَايَاهُمْ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ ،

عشيرته وقوة يجدها في نفسه بكثرتهم وقوة أنصاره منهم ، فكانوا كالمشاركين له في القتل فضموا إليه لذلك كالردة والمعين لأنه يتحمل عنهم إذا قتلوا ويتحملون عنه إذا قتل فتكون من باب المعاونة كمادة الناس في التعارف ؛ بخلاف المتلفات لأنها لا تكثر قيمتها فلا يحتاج إلى التخفيف ، والدية مال كثير يحسف بالقاتل فاحتاج إلى التخفيف . قال (ويجب عليهم كل دية وجبت بنفس القتل) كالخطأ وشبه العمد ؛ وهذا احتراز عما وجب بالصلح والاعتراف أو سقط القتل فيه بشبهة كالأب ، وإنما وجبت دية شبه العمد على المارقة لحديث البخين ، ألا ترى أنها تعمدت ضربها بالعمود ف قضى عليه الصلاة والسلام بالدية على العاقلة ، ولأنه قتل أجرى كالخطأ في باب الدية فكل ذلك في تحمل العاقلة . وقضى عمر رضي الله عنه بالدية في الخطأ على العاقلة بحضرة الصحابة من غير خلاف . قال (فانه كان القاتل من أهل الديوان فهم عاقلته) وهم الذين لهم رزق في بيت المال ، وفي زماننا هم أهل الصكر لكل راية ديوان على حدة ، وذلك لأن العرب كانوا يتناصرون بأسباب منها القرابة والولاء والحلف وغير ذلك ، وبقوا على ذلك إلى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما جاء عمر ودون النواوين صار التناصر بالدواوين ، فأهل كل ديوان ينصر بعضهم بعضا وإن كانوا من قبائل متفرقة . وقد صرح أن عمر رضي الله عنه فرض العقل على أهل الديوان وكان قبل ذلك على عشيرة الرجل في أموالهم ، لأنه أول من وضع الديوان فجعل العقل فيه ، وذلك بمحض من الصحابة رضي الله عنهم فكان إجماعا منهم ، وهو على وفاء ما قضى به رسول الله عليه الصلاة والسلام معنى ، فلهم علموا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى به على العشيرة باعتبار النصرة ثم الوجوب بطريق الصلة ، فأباحه فيما يصل إليه صلة وهو العطاء أولى ، وأهل كل ديوان فيما يصل إليهم من ذلك كنفس واحدة . قال (ويؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين) لما تقدم من حديث عمر وهو مروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أيضا وتعتبر الثلاث سنين من يوم القضاء لأن الدية تجب يوم القضاء ، وسواء خرجت في أقل أو أكثر لأنه إنما وجبت في العطاء تخفيفا ، فإذا حصلت في أي وقت حصل وجد المقصود فيؤخذ منه ، فان تأخر خروج العطاء لم يطالبوا بشيء ، وإن تعجل لثلاث سنين أخذ منها الجميع لما ذكرنا ؛ وإذا وجب جميع الدية في ثلاث سنين كان كل ثلث في سنة فإذا وجب الثلث فما دونه كان في سنة ، وما زاد على الثلث إلى الثلثين في سنتين ، وما زاد إلى تمام الدية في السنة الثالثة ، وإن كانت العاقلة أصحاب الرزق أخذ من أرزاقهم في ثلاث سنين ، فان خرجت أرزاقهم في كل سنة أخفحها الثلث ، وإن خرجت

وكان كم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته ، ولا يزداد الواحد على أربعة دراهم أو ثلاثة وينقص منها ، فإن كم تنقص القبيلة لذلك ضم لأليم أقرب القبائل نسباً ، وإن كان ممن يتناصرون بالحرف فأهل حرفته ، وإن تناصروا بالخلف فأهلته ، ويؤدى القتيل كأحد هم ،

في كل سنة أشهر أخذ منها السدس في كل شهر بحصته ، وعلى هذا فالحاصل أنه يؤخذ في كل سنة الثلث كيفما خرج ، لأن الأرزاق لهم كالأعطية لأهلها ، وإن كان لهم أرزاق في كل شهر وأعطية في كل سنة أخذ من أعطيتهم لأنه أسهل ، فإن الرزق يكون بقدر الكفاية لكل شهر أو لكل يوم فيشق عليهم الأخذ منه . أما العطاء يكون في كل سنة بقدر عنائه واختياره في الحروب لإيجاده فكان الأخذ منه أسهل . قال (وإن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلة) وهم عصبته من النسب لما روى أنه صلى الله عليه وسلم أوجب الدية على عصبته القتيل ، ولأن تناصرهم بالقرب . قال (ولا يزداد الواحد على أربعة دراهم أو ثلاثة وينقص منها) يؤخذ منه كل سنة درهم وثلث أو درهم لأن الأصل فيها التخفيف وتجب صلة ، فقدروه في كل سنة بالدرهم لأنه أقل المقدرات ، ويزاد ثلث درهم وهو المختار ليكون الأكثر من الأقل وما لم يبلغ النصف فهو في حكمه . قال (فإن لم تنسج القبيلة لذلك ضم لأليم أقرب القبائل نسباً) تحرزا عن الإجحاف وتحقيقا للمعنى التخفيف فيضم لأليم الأقرب فالأقرب على ترتيب العصابات لأن التناصر يقع بذلك ، وكذلك أهل الديوان إذا لم ينسج الديوان للدية يضم لأليم أقرب الروايات لأليم نصرة إذا حزبهم أمر أو دهمهم عدو ، وهو مفوض إلى رأى الإمام إذ هو أعلم بذلك ، ومن لعاقلته له في رواية تجب في بيت المال ، لأنه لو مات ولا وارث له ورثه بيت المال ، فإذا جنى يكون عليه ليكون الغنم بالغرم ، وفي رواية في مال الجاني لأن الأصل أن تجب عليه لأنه الجاني إلا أنا أوجبناه على العاقلته لما ذكرنا فلماذا تكن عاقلته عاد إلى الأصل . قال (وإن كان ممن يتناصرون بالحرف فأهل حرفته) وإن تناصروا بالخلف فأهلته (لما بينا أن المعنى فيه هو التناصر ، ومن ليس له ديوان ولا عشيرة ، قيل يعتبر الحال والقرى والأقرب فالأقرب ، وقيل تجب في ماله ، وقيل إن كان القتيل مسلماً تجب في بيت المال ، لأن الدية تجب باعتبار النصرة ، وجماعة المسلمين يتناصرون ويلبى بعضهم عن بعض وعلى هذا الخلاف القطيع ، ولا تغفل مدينة عن مدينة وتغفل المدينة عن قراها لأن أهل المصر يتناصرون بديوانهم وأهل سوادهم وقراهم ، ولا يتناصرون بأهل ديوان مصر آخر ، والبديتان إذا اختلفتا كمصرين . قال (ويؤدى القتيل كأحدهم) لأنه إنما لم يجب عليه الكل مخافة الإجحاف ، ولا إجحاف في هذا ولأنه الجاني فلا أقل من أن يكون كأحدهم ، ولأنها تجب بالتناصر وهو أولى بنصرة نفسه .

ولا عقل على الصبيان والنساء ، ولا على عبْدٍ ومُدبِّرٍ ومُكاتبٍ ، ولا يعقلُ كافرٌ عن مسلمٍ ، ولا بالعكس ؛ وإذا كانَ للذمى عاقلةٌ فالذميةُ عليهم ، وإن لم يكنْ له عاقلةٌ فالذميةُ في ماله في ثلاث سنين ، وعاقلةُ المعتقِ قُبيلةُ مولاهُ ؛ وعاقلةُ مولى المِوالاةِ مولاهُ وقبيلتهُ ، وولدُ المِلاعنةِ تعقلُ عنه عاقلةُ أمه ، فإن ادَّعاهُ الأبُ بعدَ ذلك رجعَ عاقلةُ الأم على عاقلةِ الأب ، وتتحملُ العاقلةُ خمسين ديناراً فصاعداً وما دُونها في مالِ الجاني ، ولا تعقلُ العاقلةُ ما اعتزَفَ بهِ الجاني إلا أن يصدِّقوه .

قال (ولا عقل على الصبيان والنساء) لقول عمر رضى الله عنه : لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة ولائهما ليسا من أهل النصرة ، ولأن الذمة تؤدى على طريق الصلة والتبرع والصبي ليس من أهلها (ولا على عبد ومدير ومكاتب) لأن العرب لا تنصرون بهم . قال (ولا يعقل كافر عن مسلم ولا بالعكس) لعدم التناصر ، والكفار يعقل بعضهم عن بعض ، لأن الكفر كله ملة واحدة إلا أن يكون بينهم معاداة وحروب فلا يتعاقلون لعدم التناصر . قال (وإذا كان للذمى عاقلة فالذمية عليهم) كالمسلم لا التزامهم أحكامنا في المعاملات ولوجود التناصر بينهم (وإن لم يكن له عاقلة فالذمية في ماله) في ثلاث سنين (كما قلنا في المسلم ، وهذا لأن الواجب عليه وإنما يتحول إلى العاقلة إذا وجدت فإذا لم يكن بقيت عليه . قال (وعاقلة المعتق قبيلة مولاه) قال عليه الصلاة والسلام « مولى القوم منهم » ولأن نصرته بهم (وعاقلة مولى المِوالاةِ مولاه وقبيلته) لأن عقد المِوالاة عقد ينتصرون به . قال (وولد المِلاعنة تعقل عنه عاقلة أمه) لأن نسبته إليهم فينصرونه (فإن ادَّعاه الأب بعد ذلك رجع عاقلة الأم على عاقلة الأب) لأنه ظهر أن الذمة كانت واجبة على عاقلة الأب حيث أكذب نفسه وبطل اللعان وثبت نسبه منه ، فقوم الأم محمولوا مضطارين عن قوم الأب ما كان عليهم فبرجفون به عليهم في ثلاث سنين من حين قضى لعاقلة الأم على عاقلة الأب . قال (وتتحمل العاقلة خمسين ديناراً فصاعداً وما دُونها في مال الجاني) لما رويناهُ أنه صلى الله عليه وسلم قضى بالفرقة على العاقلة وهى خمسون ديناراً . وعن عمر مرفوعاً وموقوفاً « لا تعقل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا اعترافاً ولا صلحاً ولا مادوناً أرش الموضحة » وعن ابن عباس مثله ، ولأن التحمل على العاقلة إنما كان تحملاً عن الإجحاف وهو في الكثير دون القليل ، والقدر الفاصل بينهما ما ورد به الشرع وهو ما ذكرنا . قال (ولا تغفل العاقلة ما اعترف به الجاني إلا أن يصدِّقوه) لما رويناهُ ، ولأنه لا يلزمهم إقراره عليهم ، إذ لا ولاية له عليهم ، فإذا صدَّقوه فقد رضوا به فيلزمهم : ولو تصادق القاتل وولى الجاني على أن قاضياً من قصبة المسلمين حكم على العاقلة بالذمة وكذبتهما العاقلة فلا شيء عليهم ، لأن تصادقهما

وَإِذَا جَنَى الْحُرُّ عَلَى الْعَبْدِ خَطَاً فَعَلَى عَاقِلَتِهِ .

كتاب الوصايا

وَهِيَ مَنَدُوبَةٌ ،

ليس بحجة عليهم ، وليس على القاتل شيء في ماله ، لأن الدية تقررّت على العاقلة لتصايدهم وهو حجة في حقهما ، بخلاف الأول حيث تجب الدية في ماله باعترافه ، وتعدّر إيجابها على العاقلة فتجب عليه . قال (وإذا جنى الحرّ على العبد خطاً فعل عاقلته) لأنها بدل النفس فتكون على العاقلة كما في الحرّ . وروى عن أبي يوسف أنها في مال القاتل ، وحمل قوله عليه الصلاة والسلام « ولا عبداً » فيما جنى عليه ، وجوابه أن المراد أنها لا تتحمل جناية العبد ، لأن المولى أقرب إليه منهم . وروى عنه أيضاً أن قدر الدية على العاقلة لأنها ضمان النفس ، وما زاد في مال الجاني لأنه ضمان المال ، بناء على أن عنده تجب قيمته بالغة ما بلغت ، وقد تقدّم .

كتاب الوصايا

وهي جمع وصية ، والوصية : طلب فعل يفعله الموصى إليه بعد غيبة الموصى أو بعد موته فيما يرجع إلى مصالحه كقضاء ديونه والقيام بحوائجه ومصالح ورثته من بعده وتنفيذ وصاياه وغير ذلك ، يقال : فلان سافر فأوصى بكذا ، وفلان مات وأوصى بكذا ، والاستيصاء : قبول الوصية ، يقال : فلان استوصى من فلان : إذا قبل وصيته . قال عليه الصلاة والسلام « استوصوا بالنساء خيراً فأنهنّ عوان عندكم » أى اقبلوا وصيتى فيهنّ فأنهنّ أسرى عندكم » (وهي) قضية مشروعة وقربة (منلوبة) دلّ على ذلك الكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقوله تعالى - من بعد وصية يوصى بها أو دين - وهذا دليل شرعيها . والسنة ما روى « أن سعد بن أبي وقاص مرض بمكة فعاده رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ثلاث ، فقال : يا رسول الله إني لأخطف إلا بنتاً أفأوصى بجميع مالى ؟ قال لا ، قال : أفأوصى بثلثى مالى ؟ قال لا ، قال : فبنصفه ؟ قال لا ، قال : فثلثه ؟ قال : الثلث والثلث كثير ، لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس » أى يسألون الناس كفايتهم ، وقال عليه الصلاة والسلام « إن الله تصدّق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم تضعه حيث شئتم . وفي رواية « حيث أحببتم » وهذا يدلّ على شرعيها وبني وجوبها ، وقال عليه الصلاة والسلام « لا يخلّ لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر له مال يوصى فيه أن يبيت ليلتين إلا وصيته تحت رأسه » وهذا يدلّ على الندبية .

وَمِمَّا مُؤَخَّرَةٌ عَنْ مَثُونَةِ الْمُوصِي وَقَضَاءِ دُيُونِهِ ، وَهِيَ مُقَدَّرَةٌ بِالثَّلْثِ
تَصِحُّ لِلْأَجْنَبِيِّ مُسْلِمًا كَانَ أَوْ كَافِرًا بِغَيْرِ إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ ، وَمَا زَادَ عَلَى الثَّلْثِ
وَالْقَاتِلِ (م) وَالْوَارِثُ تَصِحُّ بِإِجَازَةِ الْوَرَثَةِ ، وَتُعْتَبَرُ إِجَازَةُهُمْ بَعْدَ مَوْتِهِ ،

وَأَمَّا الْإِجْمَاعُ فَإِنَّ الْأَئِمَّةَ الْمُهْدِينَ وَالسَّلَفَ الصَّالِحَ أَوْصَوْا ، وَعَلَيْهِ الْأَمَةُ إِلَى يَوْمِنَا هَذَا ،
وَلَأَنَّ الْإِنْسَانَ لَا يَخْلُو مِنْ حَقُوقٍ لَهُ وَعَلَيْهِ ، وَأَنَّهُ مُوَاضِعٌ بِذَلِكَ ، فَإِذَا عَجَزَ بِنَفْسِهِ فَعَلَيْهِ
أَنْ يَسْتَتِيبَ فِي ذَلِكَ غَيْرُهُ وَالْوَصِي نَائِبٌ عَنْهُ فِي ذَلِكَ ، فَكَانَ فِي الْوَصِيَةِ احْتِيَاطًا لِلخُرُوجِ
عَنْ عَهْدَتِهَا فَيَنْدِبُ إِلَيْهَا وَتُشْرَعُ تَحْصِيلًا لِهَذِهِ الْمَضَالِحِ . قَالَ (وَهِيَ مُؤَخَّرَةٌ عَنْ مَثُونَةِ الْمُوصِي
وَقَضَاءِ دُيُونِهِ) عَلَى مَا بَيَّنَّا فِي الْفَرَائِضِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى (وَهِيَ مُقَدَّرَةٌ بِالثَّلْثِ تَصِحُّ لِلْأَجْنَبِيِّ
مُسْلِمًا كَانَ أَوْ كَافِرًا بِغَيْرِ إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ) لِمَا رَوَيْنَا مِنْ حَدِيثِ سَعْدٍ وَغَيْرِهِ وَهِيَ مُطْلَقَةٌ
لِلاتِّقِيدِ بِالْمُسْلِمِ وَلَا بَغْيِهِ . قَالَ (وَمَا زَادَ عَلَى الثَّلْثِ وَالْقَاتِلِ وَالْوَارِثِ تَصِحُّ بِإِجَازَةِ الْوَرَثَةِ)
لَأَنَّ الْوَصِيَّةَ بِمَا زَادَ عَلَى الثَّلْثِ لَا يَحْجُوزُ لِحَدِيثِ سَعْدٍ . وَفِي الْحَدِيثِ « الْحَيْفُ فِي الْوَصِيَّةِ مِنْ
الْكِبَارِ » قِيلَ مَعْنَاهُ بِمَا زَادَ عَلَى الثَّلْثِ وَالْوَارِثِ ، وَإِنَّمَا امْتَنَعَ ذَلِكَ لِحَقِّ الْوَرَثَةِ ، لِأَنَّ
الْمَرِيضَ مَرَضَ الْمَوْتِ قَدْ اسْتَعْنَى عَنِ الْمَالِ وَتَعَلَّقَ بِحَقِّهِمْ بِهِ ، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يَظْهَرْ ذَلِكَ فِي الثَّلْثِ
بِمَا سَبَقَ مِنَ الْحَدِيثِ ، وَلِحَاجَتِهِ إِلَيْهِ لِيَتَذَكَّرَ مَا فَرَطَ مِنْهُ وَقَصَرَ فِي عَمَلِهِ ، فَإِذَا أَجَازَتْ
الْوَرَثَةُ ذَلِكَ فَقَدْ رَضُوا بِاسْقَاطِ حَقِّهِمْ فَيَصِحُّ (وَتُعْتَبَرُ إِجَازَتُهُمْ بَعْدَ مَوْتِهِ) لِأَنَّهُ عِنْدَ ذَلِكَ
ثَبَتَ حَقُّهُمْ فِيهِ لِقَبْلِهِ ، وَإِنَّمَا يَسْقُطُ الْحَقُّ بَعْدَ ثَبُوتِهِ ، فَإِذَا أَجَازُوهُ بَعْدَ الْمَوْتِ فَقَدْ اسْقَطُوا
حَقَّهُمْ بَعْدَ ثَبُوتِهِ فَيَصِحُّ ، وَكَذَلِكَ الْوَصِيَّةُ لِلْوَارِثِ إِنَّمَا امْتَنَعَتْ لِحَقِّ بَاقِي الْوَرَثَةِ ، لِأَنَّ
الْوَصِيَّةَ لِأَحْجُوزٍ لَوَارِثٍ ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « لَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ وَلَا إِرْقَارَ بَدِينٍ » ،
وَفِي رِوَايَةٍ « لَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ إِلَّا أَنْ تَجِيزَهَا الْوَرَثَةُ » وَلِأَنَّهُ حَيْفٌ فِي الْوَصِيَّةِ لِمَا مَرَّ ، وَلِأَنَّهُ
تَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ الْجَمِيعِ عَلَى مَا بَيَّنَّا ، فَإِذَا خَصَّ بِهِ الْبَعْضُ بِنَآذِي الْبَاقِي وَثَبُرَ بَيْنَهُمُ الْحَقْدُ
وَالضُّغَآنُ وَبُغِضَ إِلَى قَطِيعَةِ الرَّحِمِ ، فَإِذَا أَجَازَهُ بَقِيَّةُ الْوَرَثَةِ عَلِمْنَا أَنَّهُ لَاحِقْدٌ وَلَا ضَغَآنٌ
فَيَحْجُوزُ ، فَإِنْ أَجَازَ الْبَعْضُ وَرَدَّ الْبَعْضُ جَازَ فِي حَقِّ الْحَازِ بِقَدْرِ نَصْبِهِ ، وَبَطُلَ فِي الْبَاقِي
لَوْلَايَتِهِ عَلَى نَفْسِهِ دُونَ غَيْرِهِ . وَأَمَّا الْوَصِيَّةُ لِلْقَاتِلِ فَلَا يَحْجُوزُ إِذَا وَجَدَ الْقَتْلَ مُبَاشَرَةً عَمْدًا
كَانَ أَوْ خَطَأً . قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « لَا وَصِيَّةَ لِقَاتِلٍ » وَكَذَا لَوْ أَوْصَى لِرَجُلٍ قَتَلْتَهُ
تَبَطَّلَ الْوَصِيَّةُ لِمَا قُلْنَا لِأَنَّ نَفَاذَ الْوَصِيَّةِ بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَإِذَا أَجَازَهَا الْوَرَثَةُ جَازَتْ . وَقَالَ
أَبُو يُونُسَ : لَا يَحْجُوزُ عَمَلًا بِإِطْلَاقِ الْحَدِيثِ ، وَلِأَنَّهُ إِنَّمَا لَمْ تَجِزْ بِلَحْنَتِهِ وَهِيَ بَاقِيَةٌ . وَلَنَا أَنَّ
الْإِمْتِنَاعَ لِحَقِّ الْوَرَثَةِ لِأَنَّ بَطْلَانَهَا نَفْعٌ يَرْجِعُ إِلَيْهِمْ كِبَطْلَانِهَا لِلْوَارِثِ وَبِمَا زَادَ عَلَى الثَّلْثِ ،
فَإِذَا أَجَازُوا ذَلِكَ فَقَدْ اسْقَطُوا حَقَّهُمْ فَيَسْقُطُ ، وَكُلُّ مَا تَوَقَّفَ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ فَأَجَازُوهُ

وَلَا تَصِيحُ إِلَّا مِمَّنْ يَصِيحُ تَبَرُّعُهُ ، وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَنْقُصَ مِنَ الثَّلَاثِ ، وَإِنْ كَانَتْ الْوَرَّةُ فَقَرَاءَ لَا يَسْتَفْتُونَ بِنَصِيحِهِمْ قَرَرُكُهَا أَفْضَلُ ، وَتَصِيحُ لِیَحْمَلَ بِهِ وَيَأْمَهُ دُونَهُ ،

فلو وصى له يملكه من جهة الموصى لأن السبب صدور منه ، والإجازة رفع المانع كلهم إذا أجاز بيع الرهن . قال (ولا تصح إلا ممن تصح تبرعه) فلا تصح من الصبي والمجنون والمكاتب والمأذون ، لأن الوصية تبرع محض لا يقابله عمل مال ، ولا نفع دنيوى فحار كالمبة وتنجز العتق ، وكذلك لو وصى الصبي والمجنون ثم ماتا بعد البلوغ والإفاقة لعدم الأهلية حالة المباشرة ، وكذلك لو قال : إن أدركت فظلي لفلان وصية لاتصح لعدم إمكانية التصرف ، فلا يملكه تنجيها ولا تطبيقا كالعنقا ، والطلاق ، وأما العبد والمكاتب إذا أضافاها إلى ما بعد عتقهما لاتصح لأتباع أهل لذلك ، وإنما امتنع في الحال لحق المولى ، فلذا زال حق المولى زال المانع فتصح . قال (ويستحب أن ينقص من الثلث) لقوله عليه الصلاة والسلام « والثالث كثير » أى فى الوصية ، وعن علي رضي الله عنه : لأن أوصى ^{بثمن} خمس أحب إلى من أن أوصى بالربع ، ولأن أوصى بالربع أحب إلى من أوصى بالثلث ، ولأن فيه صلة القريب بتركه حقه لهم ، ولا صلة فيما أوصى بالثلث تاما لأنه استوفى حقه فلا صلة . قال (وإن كانت الورثة فقراء لا يستفتون بنصيحتهم فتركها أفضل) لما فيه من الصلة والصدقة عليهم : قال عليه الصلاة والسلام « أفضل الصدقة الصدقة على فقير الرحم الكاشع (١) » ، وقال عليه الصلاة والسلام « لا صدقة وفو رحم محتاج » وهو كما قال عليه الصلاة والسلام « صدقة وصلة » لأنه فقير فيكون صدقة وقريب فيكون صلة ، وإن كانوا أغنياء أو كانوا يستفتون بميراثهم ، قيل الوصية أولى ، وقيل بخير لأن الوصية صدقة أوميرة وتركها صلة والكل خير . قال (وتصح للحمل به وبأمه دونه) أما للحمل فلأن الوصية استخلاف للموصى به في المال الموصى به ، والحمل أهل لذلك كما في الميراث والوصية أخته ، إلا أنها تبطل بالرجوع ، لأن الملك إنما يثبت له بعد الموت ، بخلاف الهبة لأنه تملك الحال ، وليس لأحد نقل الملك عنه فلا ينتقل ، ثم إن كان الزوج ميتا ، فإن ولدت لأقل من سنتين وانفصل حيا جازت ، وإن انفصل ميتا لم يجز ، لأنه يحال بالعلوق إلى أبعد الأوقات حلا لأمرها على الصلاح ، ولهذا يثبت نسب إلى سنتين ، وإن كان الزوج حيا فولدته لسته أشهر لاتصح الوصية ، لأن فى الوطء الحلال يحال بالعلوق إلى أقرب الأوقات لأنه لا يتيقن بوجود الحمل وقت الوصية إلا إذا

(١) قوله الكاشع : هو الذى يخفى عناوته ، وإنما كانت الصدقة عليه أفضل لما فيه من مخالفة النفس وقهرها .

يُعتبر في المال والورثة الموجود عند الموت ، وقبول الوصية بعد الموت .
للموصي أن يرجع عن الوصية بالقول والفعل ، وفي الجحود خلاف ،

لدته لأقل من ستة أشهر . وأما الوصية به فلما تصح إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر حتى يكون موجودا وقت الوصية ، فإذا كان موجودا صحت الوصية به كالوصية بسائر الموجودات ، ولأن الوصية تصح بالثمة وهي غير موجودة فلأن تصح بالموجود أولى . وأما الوصية بأمة دونه فلأنه لما صح إفراده عنها صح إفراده عنه ، لأن ما صح إفراده بالتعد يصح استثنائه ، ومالا فلا كما في المبيع وغيره ، وهذا لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لكن عند الإطلاق يتبعها ضرورة الاتصال ، فإذا أفردها نصا صح لأن كل واحد منهما نفس بانفراده في الأصل . قال (ويعتبر في المال والورثة الموجود عند الموت) حتى لو وصى بثلاث ماله ولا مال له ثم اكتسب مالا ومات أو كان له فذهب أو نقص ، فإن المعتبر ماله حالة الموت ، لأن وقتئذ تنفذ الوصية وينقل المال إلى ملك الموصي له ، وكذلك الورثة لا اعتبار لمن مات قبله لأباجازته ولا برده لأن المال إنما ينتقل إليهم بعد الموت فلا اعتبار بغير المالك . قال (وقبول الوصية بعد الموت) حتى لو أجازها قبله أو ردّها فليس بشيء ، لأن حكمه وهو ثبوت الملك إنما يثبت بعد الموت فلا اعتبار بما يوجد قبله كما إذا وجد قبل العقد وهو إنما يملكه بالقبول لأنه تمليك بعقد فيوقوف على القبول كغيره من العقود ، بخلاف الميراث لأنه خلافة عن الميت حتى يثبت للوارث خيار العيب دون الموصي له ويثبت جبرا شرعا من غير قبول ، ولأنه لو ملك الموصي به من غير قبول كان للموصي إلزامه الملك بغير اختياره ، ولا ذلك إلا لمن له عليه ولاية ، ولا ولاية له عليه ، ولأنه لو جاز ذلك لأوصى له بما يضره مثل ما إذا علق طلاقه بملكه وأنه لا يجوز وإذا كان القبول شرطا لا يملكه الموصي له إلا بالقبول إلا أن يموت الموصي له بعد الموصي قبل القبول فتملكها الورثة ، والقياس بطلان الوصية لما بينا ، إلا أننا استحسننا وقتنا بملكها الورثة ، لأن الوصية تمت من جهة الموصي تماما لا يلحقه الفسخ من جهته ، والتوقف لحق الموصي له فيها لضرر لحقوق المنة ولا يلحقه بعد الموت ففقدت الوصية ضرورة تعذر الرد كما إذا مات المشتري والخيار له قبل الإجازة ، فإن المبيع يدخل في ملكه كذا هنا . قال (وللموصي أن يرجع عن الوصية بالقول والفعل ، وفي الجحود خلاف) أما جواز الرجوع فلأنه تبرع لم يتم ، لأن تمامه بالموت والقبول على ما بينا ، فيجوز الرجوع قبل التمام ، لأنه لو لم قبل تمامه لم يكن تبرعا ، والرجوع بالقول قوله : رجعت عن الوصية أو أبطلتها ونحو ذلك ، والرجوع بالفعل مثل أن يفعل فعلا يزيل ملكه عن الموصي به كالبيع والهبة ، لأنه إذا زال ملكه بطلت الوصية ، لأن الوصية إنما تنفذ في ملكه ،

وَإِذَا قِيلَ لِلْمُوصَىٰ لَهُ الْوَصِيَّةُ ثُمَّ رَدَّهَا فِي وَجْهِ الْمُوصَىٰ فَهُوَ رَدٌّ، وَإِنْ رَدَّهَا فِي غَيْرِ وَجْهِهِ فَلَيْسَ بِرَدٍّ، فَإِنْ كَانَ عَاجِزًا ضَمَّ إِلَيْهِ الْقَاضِي آخَرَ، وَإِنْ كَانَ حَبِيدًا أَوْ كَافِرًا أَوْ فَاسِقًا اسْتَبْدَلَ بِهِ،

وسواء عاد إلى ملكه أولا، وكذا إذا فعل فعلا لو فعله الغاصب ينقطع به حق المالك كان رجوعا، وكذلك فعل يكون استهلاكاً من كل وجه وقد عرف تمامه في الغصب، وكذا إذا فعل ما يزيد به العين الموصى بها كالببناء والصبغ والسمن في السويق والحشو بالقطن وخياطة الظهارة على البطانة وبالعكس ونحوه لأنه لا يمكن تسليمه بدون الزيادة، ولا منبيل إلى نقصانها لحصولها بفعل المالك في ملكه، وذبح الشاة رجوع لأنه لحاجته عادة فلا يبقى إلى وقت الموت. وأما الجحود فهو رجوع عند أبي يوسف خلافاً لحمد، لأن الجحود نفي في الماضي، وانتفاؤه في الحال للضرورة، فإذا كان ثابتاً في الحال كان الجحود لغواً. ولأبي يوسف أن الرجوع نفي في الحال، والجحود نفي في الماضي والحال فأولى أن يكون رجوعاً، ومن الرجوع قوله: العبد الذي أوصيت به لفلان هو لفلان آخر، أو أوصيت به لفلان، لأن هذا يدل على قطع الشركة، ولو كان فلان الآخر ميتاً لا يكون رجوعاً، لأن الأولى إنما بطلت ضرورة صحة الثانية ولم تصح، ولو كان حياً ثم مات قبل الموصى بطلت الأولى لصحة الثانية وبطلت الثانية بالموت، ولو أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر فهو بينهما، وليس برجوع لأنه يحتمل الشركة، واللفظ غير قاطع لما بل صالح فثبت لهما. قال (وإذا قيل الموصى له الوصية ثم رَدَّها في وجه الموصى فهو رَدٌّ، لأنه ليس له إلزامه بغير اختياره (وإن رَدَّها في غير وجهه فليس برداً) لما فيه من خيانة الميت وغروره، فإن الموصى مات معتمداً عليه وثقاً بخلافته بعده في أموره وتركته فلا يجوز رَدُّه، بخلاف الوكيل حيث له الرجوع، لأن الموكل حتى يقدر على التصرف بنفسه، وعلى أن يوكل غيره فافترقا، وإن لم يقبلها ولم يردَّها حتى مات الموصى فهو بالخيار إن شاء قبل، وإن شاء لم يقبل، لأن الموصى ليس له إلزامه فيخير، ثم القبول كما يكون بالقول يكون بالفعل لأنه دلالة عليه، وذلك مثل أن يبيع شيئاً من التركة بعد موت الموصى وينفذ البيع لصدره من الأهل عن ولاية، وكذا إذا اشترى شيئاً يصلح للورثة أو قضى مالا أو اقتضاه لزمته الوصية، وسواء علم بالوصية أو لم يعلم لأنها خلافة، ألا ترى أنها إنما تثبت حال انقطاع ولاية الموصى فتنتقل الولاية إليه فلا يحتاج إلى العلم ولا يتوقف عليه كالإرث. قال (فإن كان عاجزاً ضمَّ إليه القاضي آخر، وإن كان عبداً أو كافراً أو فاسقاً استبدل به).

أعمل أن الأوصياء ثلاثة: أمين قادر على القيام بما أوصى إليه، فانه يقرر وليس للقاضي

وَإِنْ أَوْصَى إِلَى عَبْدِهِ فِي الْوَرَّةِ كِبَارًا كَمْ تَتَصَحَّحُ ، وَإِنْ كَانُوا صِغَارًا جَازَتْ (م) ،
وَلَيْسَ لِأَحَدِ الْوَصِيِّينَ أَنْ يَتَصَرَّفَ دُونَ صَاحِبِهِ (س) ،

عزله لأن مقصود الموصي القيام بأمره وما أوصى إليه به ، فإذا حصل تخفيه إبطال
لقصده فلا يجوز . وأمين عاجز فالقاضي يضم إليه من يعينه ، لأن الوصية إليه صحيحة
لا يجوز إبطالها ، إلا أن في انفراجه نوع خلل ببعض المقصود لمعجزه فيضم إليه آخر تكميلا
للمقصود . وفاسق أو كافر أو عبد فيجب عزله وإقامة غيره لأنه لا تصح نيابته ، لأن الميت
إنما أوصى إليه معتمدا على رأيه وأمانته وكفائته في تصرفاته وهؤلاء ليسوا كذلك . أما
الفاسق فلا تهاجمه بالخيانة ، وأما الكافر فللمداوة الدينية الباعثة له على ترك النظر للمسلم ،
وأما العبد فلتوقف تصرفه على إجازة مولاه وتمكنه من حجره بعد ذلك فيخرجهم القاضي
ويقوم من يقوم بمصالح الميت ، لأن القاضي نصب ناظرا للمسلمين ، ألا يرى أنه لو لم يوص
إلى أحد للقاضي أن يقيم وصيا كذا هذا . قال (وإن أوصى إلى عبده وفي الورثة كبار
لم تصح) لأن الكبير يبيع أو يبيع نصيبه فيعجز عن الوصية لأن المشتري يمنعه فلا يحصل
فائدة الوصية (وإن كانوا صغارا جازت) وقالوا : لا يجوز وهو القياس لأن الرق يتأق
الولاية ، وفيه إثبات ولاية المملوك على المالك ، وهو قلب المشروع وعكس الموضوع .
ولأن حنيفة أنه أهل للولاية مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلا للوصية ، ولا ولاية
عليه لأنهم لا يملكون يبيع وإن كانوا ملاكا ، وليس لهم منه ولا منافاة وصار كالمكاتب ،
وإن أوصى إلى صبي أو عبد أو كافر فلم يخرجهم القاضي حتى يبلغ أو أعتق أو أسلم ،
فالوصية ماضية لزوال الموجب من العزل ، إلا أن يكون غير أمين لما بيننا ، وإن أوصى إلى
مكاتبه جاز لوجود الأهلية والقدرة على إنفاذ الوصية ، فإن أدى عتق وهو على وصيته ،
وإن عجز رد في الرق فحكمه حكم العبد ، وقد بيناه . قال (وليس لأحد الوصيين أن
يتصرف دون صاحبه) وقال أبو يوسف : لكل واحد منهما أن يتصرف بالتصرف في جميع
الأشياء ، لأن الوصية خلافة ، وذلك إنما يكون إذا ثبت للخليفة مثل ما كان للمستخلف .
ولما أن الموصى ما رضى إلا برأيهما ، وهذا لأن الولاية إنما تثبت بتقويضه فإعاض وصفه
وهو الاجتماع ، وفي اجتماع رأيهما مصلحة فيقتد به لأنه شرط مفيد ، بخلاف الأشياء
المستثناة لأنها ضروريات ، والضروريات مستثناة وهي تجهيز الميت ومثونة الصغار من
طعامهم وكسوتهم والخصومة وردّ الدبعة والمضروب وقضاء الديون وعتق عبد يعينه
وتفدية وصية بعينها ، أما تجهيز الميت لأن في تأخيرها فسادا حتى كان للجار فعله ، وكذا
مثونة الصغار لأنه يخاف عليهم جوعا وعريا ، والخصومة لا يمكن الاجتماع عليها وباقي
الصود الاجتماع والانفراد فيه سواء لأنها لا تحتاج إلى الرأي ، وكذا رد المشتري شراء فاسدا

وَكَلَّوْا مَاتَ أَحَدُهُمَا أَقَامَ الْقَاضِي مَكَانَهُ آخَرَ ، وَإِذَا أَوْصَى الْوَصِيُّ إِلَى آخَرَ فَهُوَ
وَصِيٌّ فِي التَّرَكُّتَيْنِ . وَيُجَوِّزُ لِلْوَصِيِّ أَنْ يَجْعَلَ بِمَالِ الْيَتِيمِ إِنْ كَانَ أَحْجُودَ ،
وَيُجَوِّزُ بَيْعَهُ وَشِرَاؤَهُ (مِم) لِنَفْسِهِ إِنْ كَانَ فِيهِ نَقْعٌ لِلصَّبِيِّ ، وَلَيْسَ
لِلْوَصِيِّ أَنْ يَقْرَضَ مَالَ الْيَتِيمِ ، وَلِلْأَبِ ذَلِكَ ، وَلَيْسَ لَهُمَا إِقْرَاضُهُ ،
وَلِلْقَاضِي ذَلِكَ ، .

وحفظ الأموال وقبول الهبة ، لأن في التأخير خوف الفتنة ، وكذلك جميع الأموال الضائعة
وقبول ما يخشى عليه التلف . قال (ولومات أحدهما أقام القاضي مكانه آخر) أما عندهما
فظاهر لأن الواحد لا يفرد بالتصرف عندهما . وأما عند أبي يوسف فلأن الواحد وإن كان
يملك التصرف لكن الموصى قصد أن يخلفه اثنان في حقوقه ، وقد أمكن تحقيق قصده بنصب
وصي آخر فينصب ، ولو أن الوصي الميت أوصى إلى الثاني فله التصرف وحده كما إذا
أوصى إلى آخر لأن رأيه باق حكما برأى وصيه ، ولهذا جاز أن يوكله حال حياته في التصرف
في مال الميت فكلما الوصية . وعن أبي حنيفة ليس له ذلك ، لأن الموصى ما رضى بتصرفه
وحده ، بخلاف ما إذا أوصى إلى آخر ، لأن مقصوده حصل برأى المثنى . قال (وإذا
أوصى الوصى إلى آخر فهو وصي في التركتين) تركته وتركته الميت الأول لأنه يتصرف
بولاية مستقلة فيملك الإيصاء إلى غيره "كالمجلى" ، لأن الولاية كانت ثابتة للموصى ثم انتقلت
إلى الوصي في المال ، وإلى المجلد في النفس ، والمجلد قام مقام الأب في ولاية النفس فكلما
الوصي في ولاية المال ، لأن الإيصاء إقامة غيره مقامه ، وعند الموت كانت ولايته ثابتة
في التركتين فكلما الوصي تحقيقا للاستخلاف ، وكذلك لو أوصى إلى رجل في تركته نفسه
وقد حضرته الوفاة بصير وصيا في التركتين في ظاهر الرواية ، لأن تركته موصيه تركته
لأن له ولاية التصرف فيها ، وروى عنهما أنه يقتصر على تركته لأنه نص عليها وجوابه
ما مر . قال (ويجوز للوصي أن يجعل بمال اليتيم إن كان أجود) بأن كان أملاً أو أيسر
قضاء وأعجل وفاء لأنه أنظر لليتيم والولاية نظرية ولهذا لا يجوز بيعه وشراؤه بما لا يتناهى
إذ لا نظير له فيه ، بخلاف الغبن اليسير لأنه لا يمكن الاحتراز عنه ، ففي اعتباره "سد" باب
التصرفات . قال (ويجوز بيعه وشراؤه لنفسه إن كان فيه نقع للصبي) بأن اشترى بأكثر
من القيمة أو باعه بأقل منها ، وقالوا : لا يجوز قياساً على الوكيل . وله أنه قربان مال اليتيم
بالتى هي أحسن فيجوز بالنص وصار كالأب . قال (وليس للوصي أن يقترض مال اليتيم
وللأب ذلك) لأن الأب يملك شراء مال الصبي بمثل قيمته ، وبذلك الوصي ، وكذلك
الأب له أن يأخذ من مال الصبي عند حاجته بقليل حاجته ، ولا كذلك الوصي (وليس
لهما إقراضه ، وللقاضي ذلك) لأن القرض تبرع ابتداء معاوضة انتهاء ، فعمل معاوضة

وَالْوَصِي أَحَقُّ بِمَالِ الْيَتِيمِ مِنَ الْجَدِّ ، وَشَهَادَةُ الْوَصِيِّ الْمَيِّتِ لَا تَجُوزُ ، وَعَلَى الْمَيِّتِ تَجُوزُ ، وَتَجُوزُ لِلْوَرَثَةِ إِنْ كَانُوا كِبَارًا ، وَلَا تَجُوزُ إِنْ كَانُوا صِغَارًا (سم)

في القاضي لقد برهنته على الاستخلاص بواسطة الحيس وغيره تبرعاً في حق غيره لعجزه نظراً واحتياطاً في مال اليتيم . قال (والوصي أحق بمال اليتيم من الجد) لأنه انتقلت إليه ولاية الأب بالإبضاء إليه ، فكانت ولاية الأب قائمة حكماً ، ولأن اختياره الوصي مع علمه بالجد دليل أن تصرفه أنظر من تصرف الجد فكان أولى ، فان لم يوص الأب فالولاية للجد لأنه أقرب إليه وأشفق على بنيه فانتقلت الولاية إليه ، ولهذا ملك النكاح مع وجود الوصي ، وإنما يقدم الوصي في المال لما بينا ، ووصى الجد كوصي الأب ، لأن الجد بمنزلة الأب عند علمه فكذا وصيه . قال (وشهادة الوصي الميت لا تجوز) لأنه ثبت لنفسه ولاية القبض (وعلى الميت تجوز) إذ لاهمة في ذلك (وتجاوز للورثة إن كانوا كباراً ولا تجوز إن كانوا صغاراً) أما الشهادة للكبار ، قال أبو حنيفة : إن كانت في مال الميت لا تجوز وفي غيره تجوز . وقالوا : تجوز في الوجهين لأنه لا ولاية لهما عليه فلا يثبتان لأنفسهما ولاية التصرف فلا تهمة ، بخلاف الصغار لأنهما يثبتان لهما ولاية التصرف في المشهود به . ولأي حنيفة أنهما يثبتان لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المتقول عند غيبة الوارث فتصحقت الهمة بخلاف ما إذا شهدا في غير التركة لأنه لا ولاية لهما في غيرها . وأما الشهادة للصغار فلا تجوز بحال للتهمة على ما بينا ، وإن أوصى إلى رجل إلى أن يقدم فلان فإذا قدم فهو الوصي أو إلى أن يترك ولدى فهو كما قال ، لأنها في معنى الوكالة ، ولأن الوصية مؤقته شرعاً يلوغ الأيتام أو إيناس الرشد ، فجاز أن تكون مؤقته شرطاً ، ولو أوصى إلى رجل في ماله كان وصياً فيه وفي ولده ، والوصي في نوع يكون وصياً في جميع الأنواع ، لأنه لولا ذلك لاحتجنا إلى نصب آخر ، والوصي قد اختار هذا وصياً في بعض أموره فجعله وصياً في الكل أولى من غيره لأنه رضي بتصرف هذا في البعض ولم يرض بتصرف غيره في شيء أصلاً ، وإذا ادعى الوصي ديناً على الميت ولا يئنه له أخرجه القاضي من الوصية لأنه يستحل أخذ مال اليتيم ، وقيل إن ادعى شيئاً بعينه أخرجه وإلا فلا ، واختار أن يقول له القاضي : إما أن تقيم الينة وتستوفى أو تبرئه وإلا أخرجتك من الوصية ، فان أبرأه وإلا أخرجه وأقام غيره ، والوصي أن يرفع المال مضاربة ويعمل فيه هو مضاربة ، لأنه قائم مقام الأب ، وللاب هذه التصرفات فكذا الوصي ، فان عمل بنفسه أشهد على ذلك ، لأن له أن يتجر في مال الصغير ، قال عليه الصلاة والسلام « ابتعوا في مال اليتام خيراً » فإذا أراد أن يستوجب طائفة من المال لنفسه بالمضاربة احتاج إلى الإشهاد نفياً للهمة . وعن محمد إن لم يشهد فما عمله للورثة لأنه هو الظاهر فلا يترك إلا بدليل وهو الإشهاد ، وللوصي

وَتَجُوزُ الْوَصِيَّةُ بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ وَسُكْنَى دَارِهِ وَيَغْلَتُهُمَا أَبَدًا وَمُدَّةٌ
مَعْلُومَةٌ ، فَإِنْ خَرَجَا مِنَ الثَّلَاثِ اسْتُخْدِمَ وَسُكِنَ وَاسْتَقْلَ ، وَلَيْسَ لَهُ
أَنْ يُؤَاجِرَهُمَا ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُمَا خَدَمَ الْوَرَثَةُ يَوْمَيْنِ وَالْمَوْصَى
لَهُ يَوْمًا ، فَإِنْ مَاتَ الْمَوْصَى لَهُ عَادَ إِلَى الْوَرَثَةِ ،

أَنْ يَأْكُلَ مِنْ مَالِ الْيَتِيمِ إِذَا كَانَ عَاجِزًا ، وَيُرْكَبُ دَابَّتُهُ إِذَا ذَهَبَ فِي حَاجَتِهِ ، قَالَ تَعَالَى
- وَمِنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ - . وَرَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ لَوْ طَمَعَ السُّلْطَانُ فِي مَالِ
الْيَتِيمِ فَصَالَحَهُ الْمَوْصَى مِنْ مَالِ الْيَتِيمِ عَلَى أَقَلِّ مِمَّا طَمَعَ لَمْ يَغْضَبْ لِأَنَّهُ مَأْمُورٌ بِحِفْظِ مَالِ الْيَتِيمِ
مَا أَمَكَتْهُ وَقَدْ أَمَكَتْهُ بِهَذَا الطَّرِيقِ .

فصل

(وَتَجُوزُ الْوَصِيَّةُ بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ وَسُكْنَى دَارِهِ وَيَغْلَتُهُمَا أَبَدًا وَمُدَّةٌ مَعْلُومَةٌ) لِأَنَّ الْمَنَافِعَ يَصِحُّ
تَمْلِكُهَا حَالِ الْحَيَاةِ بَعُوضٌ وَغَيْرُ عَوْضٍ ، فَكَذَا بَعْدَ الْمَمَاتِ لِلْحَاجَةِ إِلَى ذَلِكَ كَالْأَعْيَانِ ،
ثُمَّ إِنْ الْمَوْصَى لَهُ يَتَمَلِكُهَا عَلَى مَلِكِ الْمَوْصَى كَمَا قُلْنَا فِي الْوَقْفِ ، وَتَجُوزُ مُؤَقَّتًا وَمُؤَبَّدًا كَمَا
فِي الْإِعَارَةِ وَالْإِجَارَةِ لِأَنَّهَا تَمْلِكُ . قَالَ (فَإِنْ خَرَجَا مِنَ الثَّلَاثِ اسْتُخْدِمَ وَسُكِنَ وَاسْتَقْلَ)
لِأَنَّ الثَّلَاثَ حَقَّ الْمَوْصَى فَلَا تَزَاحُ الْوَرَثَةُ فِيهِ ، وَهَذَا لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ بِالْمَنْفَعَةِ تَمْلِكُ الرِّقَةَ فِي حَقِّ
مَلِكِ الْمَنْفَعَةِ ، لِأَنَّهُ لَا يَمْكُنُهُ الْإِنْتِفَاعُ بِالْعَيْنِ إِلَّا بِصِرُورَتِهِ أَخْصَصَ بِمَلِكِ الرِّقَةِ كَالْإِجَارَةِ
فَكَانَتْ وَصِيَّةً بِمَلِكِ الرِّقَةِ فِي حَقِّ الْإِنْتِفَاعِ لِمَطْلَقًا (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُؤَاجِرَهُمَا) لِأَنَّهُ مَلِكُ
الْمَنْفَعَةِ بِغَيْرِ عَوْضٍ فَلَا يَمْلِكُ تَمْلِكُهَا بَعُوضٌ كَالْعَارِيَةِ ، هَذَا لِأَنَّ التَّمْلِكَ بَعُوضٌ أَقْوَى
وَالْأَزْمُ ، وَالْأَضْعَفُ لَا يَتَنَاقَلُ الْأَقْوَى . قَالَ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُمَا خَدَمَ الْوَرَثَةُ يَوْمَيْنِ
وَالْمَوْصَى لَهُ يَوْمًا) لِأَنَّهُ لَا يَمْكُنُهُ أَنْ يَخْلُصَهُمْ جَمَلَةٌ وَاحِدَةً ، فَالْمَهَايَا فِيهِ تَقَعُ عَلَى الْأَيَّامِ كَمَا
ذَكَرْنَا لِأَنَّ حَقَّهُ فِي الثَّلَاثِ وَحَقَّهُمْ فِي الثَّلَاثِينَ كَالْوَصِيَّةِ بِالْعَيْنِ ، وَهَذَا لِأَنَّهُ لَا يَمْكُنُ مَنَعَ
الْجَمِيعِ عَنِ الْوَرَثَةِ كَمَا لَا يَمْلِكُ الْوَصِيَّةَ بِجَمِيعِ الْعَيْنِ ، وَإِذَا تَقَرَّرَتِ الْوَصِيَّةُ بِالثَّلَاثِ وَجَبَتْ
الْمَهَايَا بِالْحَقِصَصِ كَمَا قُلْنَا . قَالُوا : وَالْأَعْدِلُ فِي الدَّارِ أَنْ تَقْسَمَ أَثَلَاثًا تَسْكُنُ الْوَرَثَةُ الثَّلَاثِينَ
وَالْمَوْصَى لَهُ الثَّلَاثَ ، لِأَنَّ فِيهِ التَّسْوِيَةَ بَيْنَهُمَا فِي الْإِنْتِفَاعِ زَمَانًا وَذَاتًا ، وَفِي الْمَهَايَا ذَاتًا لِأَزْمَانًا
يَخْلَافُ الْعَبْدَ فَإِنَّهُ لَا يَتَجَزَّى فَلَا يَمْكُنُ قِسْمَتُهُ فَتَصِيَّتُ الْمَهَايَا ، فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ آخَرُ لَكِنْ
لَا يَخْرُجُ مِنَ الثَّلَاثِ فَفَعِلَ هَذَا الْإِعْتِبَارُ بِخِدْمَةِ الْمَوْصَى لَهُ عَلَى قَدْرِ ثَلَاثِ التَّرَكَةِ وَالبَاقِي لِلْوَرَثَةِ
مِثَالُهُ : إِذَا كَانَ الْعَبْدُ نِصْفَ التَّرَكَةِ فَانَّهُ يَخْلُصُ الْمَوْصَى لَهُ يَوْمَيْنِ وَالْوَرَثَةُ يَوْمًا ، لِأَنَّ ثُلثِي
الْعَبْدِ ثَلَاثُ التَّرَكَةِ فَصَارَ الْمَوْصَى بِهِ ثُلثِي الْعَبْدِ وَثُلْثُ الْوَرَثَةِ فَيُقَسَّمُ كَمَا ذَكَرْنَا ، وَعَلَى هَذَا
الْإِعْتِبَارِ تَخْرُجُ بَقِيَّةُ مَسَائِلِهِ . قَالَ (فَإِنْ مَاتَ الْمَوْصَى لَهُ عَادَ إِلَى الْوَرَثَةِ) لِأَنَّ الْمَوْصَى لَهُ
اسْتَوْفَى مَا أَوْصَى لَهُ بِهِ مِنَ الْمَنَافِعِ عَلَى مَلِكِ الْمَوْصَى كَمَا بَيَّنَّا ، فَلَوْ انْتَقَلَتْ إِلَى وَرَثَتِهِ كَانَ

وَمَنْ أَوْصَى بِشَرَةٍ بَسْتَانِهِ فَلَهُ الثَّمَرَةُ الْمَوْجُودَةُ عِنْدَ مَوْتِهِ ، وَإِنْ قَالَ :
أَبَدًا ، فَلَهُ ثَمَرَتُهُ مَعَاشًا ، وَلَوْ أَوْصَى بِغَلَّةِ بَسْتَانِهِ فَلَهُ الْحَاضِرَةُ وَالْمُسْتَقْبَلَةُ
وَإِنْ أَوْصَى بِصُوفٍ غَنَمِهِ أَوْ بِأَوْلَادِهَا أَوْ بِلَبَنِيهَا فَلَهُ الْمَوْجُودُ عِنْدَ مَوْتِهِ ،
قَالَ أَبَدًا أَوْ لَمْ يَقُلْ ،

ابتداء استحقاق من غير رضى فلا يجوز ، وإذا كانت على ملك الموصى تنتقل إلى ورثته
كسائر أمواله ، ولو أوصى بقلتها فاستخدم بنفسه وسكن ، قيل يجوز لاستواء الغلة والمنفعة
في المقصود ، وقيل لا يجوز وهو الأصح لأن الغلة دراهم أو دنائير والوصية بهما حصلت
وهو استوفى المنافع ، وهما غير متفاوتان في حق الورثة فانه لو ظهر على الموصى دين
أمكنهم استرداد الغلة وإيفاء الدين ، ولا يمكنهم استرداد المنفعة بعد استيفائها فكان هذا
أولى ، وليس للورثة بيع الثلثين . وعن أبي يوسف جوازه لأنه خالص حقهم . وجه الظاهر
أن حق الموصى له ثابت في سكنى الجميع لو ظهر له مال آخر يخرج الدار من الثلث وله
حق المزاحمة في الثلثين لو خرب الثلث الذى في يده ، والبيع يبطل ذلك فيمنعون عنه . ولو
أوصى لرجل بخدمة عبده ولآخر برفقته وهو يخرج من الثلث فهو كما أوصى لأنه أوجب
لكل واحد منهما شيئاً معلوماً حيث عطف أحدهما على الآخر فصار كحالة الانفراد وحكم
الموصى له بالرفقة مع صاحب الخدمة كالوارث مع صاحب الخدمة . قال (ومن أوصى
بشجرة بستانه فله الثمرة الموجودة عند موته ، وإن قال أبداً فله ثمرته مَعَاشًا ، ولو أوصى
بغلة بستانه فله الحاضرة والمستقبل) لأن الثمرة اسم للموجود عرفاً فلا ينظم المعلوم إلا
بدليل آخر ، وقوله أبداً صريح في إرادته فينتظمه ، إذ لو لم ينتظمه لم يبق للتأييد فائدة . أما
الغلة فينتظم الموجود وما سيوجد مرة بعد أخرى عرفاً ، يقال فلان يأكل من غلة بستانه
وأرضه وداره ، ويراد به الموجود وما سيوجد عرفاً فافترقا . قال (وإن أوصى بصوف
غنمه أو بأولادها أو بلبنها فله الموجود عند موته ، قال أبداً أو لم يقل) لأن الوصية تملك
عند الموت على ما عرف فيعتبر وجوده عند ذلك ، وهذا لأن القياس . يأبى تملك المعلوم
لعدم قبوله لذلك ، إلا أن الشرع ورد بورود العقد على الغلة والثمره المدومة في المساقاة
والإجارة قلنا بجوازه في الوصية أيضاً بالقياس ، ويل أولى لأن باب الوصية أوسع ، أما
الولد والصوف والبن لم يرد فيها شيء في المعلوم وإنما ورد في الموجود تبعاً في عقد البيع
ومقصوداً في الخلع فكذا في الوصية يجوز في الموجود دون المعلوم اتباعاً لمورد الشرع ،
ولو أوصى بغلة عبده وغلة داره في المساكين جاز ، وسكنى داره أو بخدمة عبده لم لا يجوز
إلا لوأحد بعينه ، لأنه لا يمكن سكنى الدار واستخدام العبد إلا بالمرمة والنفقة ، ولا يمكن
القضاء على واحد منهما . فتعذر تنفيذ الوصية فبطلت . أما الغلة يمكن ترميم الدار والنفقة

وَالْعِتْقُ فِي الْمَرَضِ ، وَالْمِيسَةُ وَالْمَحَابَةُ وَصِيَّةٌ ، وَالْمَحَابَةُ إِنْ تَقَدَّ مَتَّ عَلَى الْعِتْقِ
فَهِيَ أُولَى ، وَإِنْ تَأَخَّرَتْ شَارَكَتُهُ (سم) ، وَمَنْ أَوْصَى بِمَحْفُوقِ اللَّهِ تَعَالَى
قَدَمَتِ الْفَرَائِضُ ،

على العبد من الغلة فوجب تنفيذها . قال (والعق في المرض والهبة والمحابة وصية) تعتبر من
الثالث لأنها تبرعات في المرض بما تعلق به حق الورثة فتعتبر من الثالث لما بينا . قال (والمحابة
إن تقدمت على العتق فهي أولى ، وإن تأخرت شاركته) وقالوا : العتق أولى كيف كان .
وصورة المحابة : أن يبيع المريض ما يساوي مائة بخمسين ، أو يشتري ما يساوي خمسين بمائة .
فالزائد على قيمة المثل في الشراء والناقص في البيع محابة وهي كالحبة في المرض فاعتبرت وصية .
وفيه أربع مسائل : إحداها أن يحلّي ثم يعتق . والثانية أن يعتق ثم يحلّي . والثالثة أن يعتق
ثم يحلّي ثم يعتق . والرابعة أن يحلّي ثم يعتق ثم يحلّي . فان خرج الكل من الثالث نفذت
ولا كلام فيها ولا خلاف ، وإن لم يخرج من الثالث ، ففي المسألة الأولى تنفذ المحابة ، فان
فضل شيء فللعق ، وقالوا بالعكس ، وفي المسألة الثانية يشتركان ، وقالوا : يتفد العتق فان
فضل شيء فله المحابة ، وفي الثالثة يصرف نصف الثالث للمحابة لأنها تشارك العتق الأول .
عنده ، ثم ما أصاب العتق الأول قسم بينه وبين الآخر نصفين ، وفي الرابعة الثالث بين
المحابتين لاستوائهما ، ثم ما أصاب الثانية قسم بينها وبين العتق لتقدمه عليها فيشاركها ،
وقالوا : العتق أولى بكل حال . لما أن العتق لا يلحقه الفسخ ويلحق المحابة فكان أولى .
والتقدم في الذكر لا يوجب التقدم في الثبوت فلا اعتبار به . وفي أثر ابن عمر رضي الله
عنهما إذا كان في الوصايا عتق بدئ به . ولأبي حنيفة أن المحابة أقوى لأنها تثبت في ضمن
عقد المعاوضة فكان تبرعا معنى لا صورة ، والإعتاق تبرع صورة ومعنى ، والمعاوضات
أقوى من التبرعات ، فإذا وجدت المحابة أولا وهي أقوى لا يزاحم الأضعف بعدها لقوته
وسبقه ، إلا أن العتق إذا تقدم وهو لا يقبل النقض تعارضا فيستويان فيشتركان . قال زفر :
ما بدأ به الموصي منهما فهو أولى لأن بدايته دليل أن اهتمامه به أكثر فكان غرضه تقدمه .
فيتبع غرضه ، وجوابه ما تقدم . ولومات وترك عبدا فقال للوارث : أعطني أبوك ،
وقال آخر : لي على أهلك ألف درهم ، فقال صدقها سعى العبد في قيمته وقال : يعتق من .
غير سعاية ، لأن العتق والدين ظهرا معا في الصحة بتصدق الوارث بكلام واحد ، والعتق
في الصحة لا يوجب السعاية وإن كان على المعتق دين . وله أن الدين أقوى لأنه يعتبر من
جميع المال ، والإقرار بالعتق في المرض يعتبر من ثلث المال ، وكان ينبغي أن يبطل العتق
إلا أنه لا يبطل بعد وقوعه فأبطلناه معنى بإيجاب السعاية . قال (ومن أوصى بمحقوق الله تعالى
قدمت الفرائض) لأنها أهم من النوافل ، لأن الفرائض تخرجه عن العهدة ، والنوافل

وَأَنَّ تَسَاوَتْ قُدَّمَ مَا قَدَّمَهُ الْمُوصِي إِنْ ضَاقَ الثَّلَاثُ عَنْهَا ، وَمَا لَيْسَ بِوَاجِبٍ
بِقُدَّمَ مَا قَدَّمَهُ الْمُوصِي .

وَمَنْ أَوْصَى بِثَلَاثٍ مَالِهِ لِرَجُلٍ وَآخَرَ بَسْطُوهِ فَالثَّلَاثُ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا ،
وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِثَلَاثِهِ وَآخَرَ بِثَلَاثِهِ أَوْ بِنِصْفِهِ أَوْ بِجَمِيعِهِ (مِم) فَالثَّلَاثُ بَيْنَهُمَا
نِصْفَانِ ، وَلَا يَضْرِبُ (مِم) الْمُوصَى لَهُ بِمَا زَادَ عَلَى الثَّلَاثِ إِلَّا فِي الْمُحَابَاةِ
وَالسَّعَايَةِ وَالْدَّرَاهِمِ الْمُرْسَلَةِ ،

تحصل له زيادة الثواب ، والأول أولى ، فالظاهر أنه أراد الأهم والأولى (وإن تساوت)
بأن كان الكل فرائض (قدم ما قدمه الموصي إن ضاق الثلث عنها) لأن الظاهر أنه بدأ
بالأهم ، وقيل يبدأ بالحج ثم بالزكاة لأنه يؤدي بالمال والنفس ، وقيل بالزكاة ثم بالحج
لأنه تعالى بها حق العباد فكانت أولى ، ثم بعدهما الكفارات لأنها أقوى منها في الفرضية
والوعيد على الترك ، ثم صدقة الفطر بعد الكفارات ، لأن الكفارات عرف وجوبها
بالقرآن وصدقة الفطر بالسنة ، ثم الأضحية لأن صدقة الفطر تجمع على وجوبها والأضحية
مختلف فيها (وما ليس بواجب يقدم ما قدمه الموصي) لما مر .

فصل

(ومن أوصى بثلاث ماله لرجل وآخر بسلسه فالثلاث بينهما أثلاثا) لأن الثلاث ضعف
السدس ، فقد أوصى لأحدهما بنهمين وللآخر بسهم (ولو أوصى له بثله وآخر بثله
أو بنصفه أو بجميعة فالثلاث بينهما نصفان) وهذا كله إذا لم تجز الورثة . أما الأولى فبالإجماع
لاستوائهما في قدر الوصية والثلاث لا يتسع لهما فيستويان فيه . وأما الثانية والثالثة فذهب
أبي حنيفة (ولا يضرب الموصى له وبما زاد على الثلاث) غنله (إلا في المحاباة والسعاية
والدراهم المرسله) وقالوا : يضرب لكل واحد بقدر ما أوصى له . كما إذا أجازت الورثة ،
فانه يقسم الكل على قدر ما أوصى لهما كذلك ههنا ، فيقسم الثلث عندهما في المسألة الثانية
على خمسة ، ثلثه للموصى له بالنصف ، وسهمان للموصى له بالثلث . وفي المسألة الثالثة على
أربعة : ثلاثة للموصى له بالجميع ، وسهم لصاحب الثلث ، وهذا لأن الموصى قصد تفضيل
البنفس في الوصية فوجب اعتباره ما أمكن ، وقد أمكن بطريق الضرب كما ذكرنا ، ولا
ضرر على الورثة في ذلك فيصير إليه . وله أن الوصية فيها زاد على الثلث باطلة في حق
الاستحقاق عند عدم الإجازة لكونها وصية بما لا يستحقه فبطل حق الضرب ضرورة عدم
الاستحقاق ، وإنما قصد التفضيل بناء على الاستحقاق والإجازة بدليل إضافته الوصية

وَكَانَ أَوْصَى بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ فَلَهُ السُّدُسُ (م) ، وَلَوْ أَوْصَى بِجُزْءٍ أَعْطَاهُ
الْوَارِثُ مَا شَاءَ ، وَلَوْ أَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنِهِ وَلَهُ ابْنَانِ فَلَهُ الثُّلُثُ ؛

إلى جميع المال وقد بطل الاستحقاق والإجازة فيبطل التفضيل ، كالحاباة الثابتة في طهمن
البيع إذا بطل البيع تبطل الحاباة ، بخلاف الفصول الثلاثة ، لأن الوصية بالألف المرسله
والحاباة لم تقع على حق الورثة قطعا لجواز نفاذها بأن يظهر له مال فتخرج من ثلثه بدون
الإجازة ، والوصية بالعتق وصية بالسعاية ، وهي كالدوام المرسله ، بخلاف ما زاد على
الثلث لأنه حق الورثة وإن كثرت التركة . ومن أوصى لرجل بثلث ماله إلا شيئا أو إلا
قليلا فله نصف الثلث ييقين ويبان الزيادة عليه إلى الورثة لأنها مجهولة . قال (وإن أوصى
ببهم من ماله فله السدس) عند أبي حنيفة في رواية الجامع الصغير فانه قال فيه : له أخس
سهم الورثة إلا أن ينقص من السدس قيمته له السدس ولا يزداد عليه فكان حاصله أن له
السدس . وعلى رواية كتاب الوصايا : له أخس سهم الورثة ما لم يزد على السدس . وقالوا :
له أخس السهام إلا أن يزداد على الثلث فيكون له الثلث . لهما أن السهم اسم لما يستحقه
الورثة عرفا وشرعا ، وأقل السهام متيقن ، وما زاد عليه مشكوك ، ولا يزداد على الثلث
لأن الثلث موضع الوصية عند علم الإجازة . وله ما روى ابن مسعود رضى الله عنه أن
وجدا أوصى ببهم من ماله ، فقضى رسول الله عليه الصلاة والسلام في ذلك بالسدس ،
ولأن السهم يذكر ويراد به السدس لغة . قال إياس : السهم في اللغة السدس ، ويذكر ويراد
به سهم من سهام الورثة فيعطى الأقل منهما احتياطا . فلو مات وترك امرأة وابنا فللموصى له
اثنين على رواية كتاب الوصايا فيزداد على ثمانية فيكون له تسع ، وفي رواية الجامع له السدس .
ولو ترك امرأة وأخا لأبوين فعنده السدس وعندهما الربع ويصير خسا ، ولو ترك ابنتين
فعنده له السدس ، وعندهما الثلث ؛ ولو أوصى لرجل ببهم من ماله ثم مات ولا وارث
له فله النصف لأن بيت المال بمنزلة ابن فصار كأن له ابنتين ولا مانع من الزيادة على الثلث
فصح . قال أبو يوسف : لو أوصى لعبد بجزء أو بنصيب أو بطائفة من ماله لا يعتق ؛ ولو
أوصى ببهم من ماله عتق ، لأن السهم عبارة عن السدس أو عن أخس السهام ، وإنه
معلوم فتنفذ الوصية في جزء منه . أما الجزء والنصيب ليس بمعلوم فلا تنفذ فيه الوصية
إلا بإعطاء الورثة ما شاءوا . قال (ولو أوصى بجزء أعطاه الوارث ما شاء) وكذلك
النصيب والشقص والبعض لأنه اسم لشيء مجهول ، والوارث قائم مقام الموصى فكان البيان
إليه . قال (ولو أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابنتان فله الثلث) لأنه إذا أخذ الثلث كان مثل
نصيب ابنه ، ولو أخذ النصف كان أكثر ، ولو أوصى بنصيب ابنه ففيه باطله لأنه وصية
بمال الغير لأن نصيب الابن ما يصيبه بعد موت الأب ، بخلاف المثل لأن مثل الشيء غيره .

وَمَنْ أَوْصَى بِثُلْثِ دَرَاهِمِهِ أَوْ ثُلْثِ غَنَمِهِ فَهَكَذَا ثُلَاثَاهَا وَبَقِيَ ثُلَاثَاهَا وَهِيَ تَخْرُجُ مِنْ ثُلَاثِهِ فَلَهُ جَمِيعُهُ (١) ، وَكَذَا الْمَكِيلُ وَالْمُوزُونُ وَالثِّيَابُ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ ، وَإِنْ كَانَتْ مُخْتَلِفَةً فَلَهُ ثُلْثُ الْبَاقِي ، وَكَذَا الْعَبِيدُ وَالْدُّوْرُ ، وَمَنْ أَوْصَى بِثُلَاثِهِ لِزَيْدٍ وَعَمْرٍو وَعَمْرُو مَيْتٍ فَالثُّلُثُ لِزَيْدٍ ، وَلَوْ قَالَ بَيْنَ زَيْدٍ وَعَمْرٍو فَتَنْصِفُهُ لِزَيْدٍ ، وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِأَلْفٍ مِنْ مَالِهِ وَلَهُ مَالٌ عَيْنٌ وَدَيْنٌ وَالْأَلْفُ تَخْرُجُ مِنْ ثُلْثِ الْعَيْنِ دُفِعَتْ إِلَيْهِ ،

قال (ومن أوصى بثلث دراهمه أو ثلث غنمه فهلك ثلثاها وبقي ثلثاها وهي تخرج من ثلثه فله جميعه ، وكذا المكيل والموزون والثياب من جنس واحد ، وإن كانت مختلفة فله ثلث الباقي ، وكذلك العبيد والدور) وقال زفر : له ثلث الباقي في الجميع لأن الكل مشترك بينهما ، فإليك يهلك على الحقين ، وما يبقى يبقى عليهما كسائر الأموال المشتركة وكما نرى الأجناس المختلفة . ولنا أن الوصية تعلق بالباقي لأنه يجوز أن يستحقه الموصى له بالقسمه مع الورثة لو قسم قبل الهلاك لأنه مما تجرى فيه القسمه جبرا وأنه إفراز فيه ، وكل ما تعلق به الوصية وهو يخرج من ثلث المال فهو للموصى له ولا التفت إلى ما هلك ، ألا ترى أنه لو أوصى له بثلث شيء بعينه كالداية والدار والعبد فاستحق ثلثاه كان له الثلث الباقي ، ولا كذلك الأجناس المختلفة لأنه لا يجوز أن يستحق الموصى له الباقي بالقسمه ، فلم تكن الوصية متعلقة به لأن القسمه لا تجرى فيه جبرا ، ولو كانت تكون مبادلة فلا يكون له إلا ثلث الباقي ضرورة المبادلة ، وهذا ظاهر في الأجناس المختلفة ، إذ لا خلاف في عدم قسمه الجبر فيها ، وأما الدور المختلفة والريق فلكل عند أبي حنيفة لأنها لا تقسم عنده ، وأما على قولهما قالوا : ينبغي أن تكون كالثياب والغنم لأنها تقسم عندهما ، وقيل لا . أما الدور فإنها تقسم عندهما إذا رأى القاضى ذلك مصلحة فكان في معنى القسمه أضعف مما يقسم بكل حال . وأما الرقيق فانه وإن كان يقسم عندهما لكن التفاوت بينهما فاحش فصار كجسين . قال (ومن أوصى بثلثه لزيد وعمرو وعمرو ميت فالثلث لزيد لأن عمرا إنما يزاحم لو كان حيا ، أما الميت لا يزاحم فبقى الثلث لزيد بلا مزاحم بقوله : ثلث مالى لزيد ، ولما قوله وعمرو . وعن أبي يوسف إن علم بموت عمرو فكذاك لأنه علم أن ذكر عمرو لغيره ، وإن لم يعلم لزيد نصف الثلث ، لأن من زعمه أن الوصية بينهما وأنه إنما أوصى لزيد بنصف الثلث فيكون كما زعم (ولو قال : بين زيد وعمرو فتصفيه لزيد) لأن اللفظ يقتضى التتصيف بينهما ، ألا يرى أنه لو قال : ثلث مالى لزيد وسكت كان جميع الثلث له ؟ ولو قال : بين زيد وسكت لا يستحق جميعه . قال (ومن أوصى لرجل بألف من ماله وله مال عين ودَيْن ، والألف يخرج من ثلث العين دفعت إليه) لأنه أمكن تنفيذ الوصية من الثلث

وإن لم يخرج من العين أخذ ثلث العين وتلث ما يحصل من الدين حتى يستوفى ، ومن أوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين (م) ، ولو أوصى لرجلين كل واحد منهما بمائة ، ثم قال : لآخر : أشركتك معهما فله ثلث كل مائة . ولو قال لورثتي : لفلان على دين قصده فله يصدق إلى الثلث ، وإن أوصى لأجنبي ووارث فالنصف لأجنبي وبطل نصف الوارث .

الذى هو عليها من غير إضرار بالورثة فيغذ (وإن لم يخرج من العين . أخذ ثلث العين وثلث ما يحصل من الدين حتى يستوفى) لأن التركة مشتركة بينهم فيشتركان في العين والدين بقتل حصصهما ، لأن العين خير من الدين ، فلو اختص به أحدهما تضرر الآخر فكان العدل فيها ذكرنا . قال (ومن أوصى بثلثه لفلان وللمساكين ، فنصفه لفلان ونصفه للمساكين) وقال محمد : ثلثه للمساكين ، وأصله أن اسم المساكين عنده يتناول الاثنين فصاعدا ، لأن الوصية أخت الميراث ، والجمع في باب الميراث يتناول الاثنين فصاعدا فكذا هذا . وعندهما يتناول الواحد فصاعدا ، لأن الألف واللام تقتضي الجنس ، ومتى تعدد الصرف إلى الجنس يصرف إلى الأدنى وهو واحد كاليمن في شرب الماء وترويع النساء وكلام الناس فانه يحث بشرب قطرة وترويع امرأة وكلام واحد ، وههنا تعدد صرفه إلى الجنس لأنهم لا يحصون فيصرف إلى الأدنى وهو الواحد ، وعلى هذا لو أوصى بثلثه للمساكين فعند محمد لا يجوز صرفه إلى واحد . وعندهما يجوز لما مر . ولو أوصى بثلث ماله لفلان والفقراء والمساكين قال أبو حنيفة رحمه الله : سهم لفلان وسهم للمساكين وسهم للفقراء ، لأن الفقراء والمساكين صنفان فكانت أوصى لثلاثة . وعند أبي يوسف رحمه الله : سهم لفلان وسهم للفقراء والمساكين لأنهما صنف واحد من حيث المعنى ، إذ كل واحد من الاثنين ينبي عن الحاجة . وعند محمد رحمه الله : يقسم على خمسة أسهم : سهم لفلان ، ولكل صنف سهمان لما مر . قال (ولو أوصى لرجلين كل واحد منهما بمائة ثم قال : لآخر : أشركتك معهما فله ثلث كل مائة) تحقيقا للشركة ، إذ الشركة تقتضي المساواة . ولو أوصى لرجل بمائة ولآخر بنصفين ثم قال لآخر : أشركتك معهما ، فله نصف ماله كل واحد ، لأنه تعدد المساواة بين الكل لتفاوت المالكين فيحملناه على مساواة كل واحد منهما عملا بلفظ الشركة بقدر الإمكان . قال (ولو قال لورثته : لفلان على دين قصده فله يصدق إلى الثلث) أي إذا ادعى أكثر من ذلك وكذبه الورثة لأنه إقرار بمجهول فلا يصح إلا بالبيان ، فعلمنا أنه قصد تقديمه على الورثة فأقمنا قصده وجعلناه وصية فتكون مقدرة بالثلث . قال (وإن أوصى لأجنبي ووارث فالنصف للأجنبي وبطل نصف الوارث)

وَمَنْ أَوْصَىٰ لِجَيْرَانِهِ فَهُمْ أَلْيَهُنَّ الْمَلَاصِقُونَ (م) ، والأصهار : كل ذى رحم محرّم من زوجتي ، والأختان : زوج كل ذات رحم محرّم منه ، والأهل : الزوجة (م).

لأنه أوصى بما يملك وما لا يملك فيصح فيما يملك وتبطل في الآخر ، بخلاف الوصية للحى والميت لأن الميت ليس أهلاً للملك فلا يكون مزاحاً . أما الوارث أهل حتى يصحّ باجازه باقى الورثة فيصلح مزاحاً .

فصل

(ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون) عند أبى حنيفة وزفر رحمهما الله ، وهو القياس لأنه من المجاورة ، وهى الملاصقة . قال عليه الصلاة والسلام : الجار أحقّ بصقبه ، والمراد الملازق لأن غيره لا يستحقّ الشفعة . وقالوا : الملاصقون وغيرهم ممن يصلّى فى مسجد تلك السكة ، وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله ، وهو الاستحسان لأنهم يسمون جيراناً عرفاً ، يقال : جار ملاصق وغير ملاصق ، وقد قال عليه الصلاة والسلام : لأصلاة لجار المسجد إلا فى المسجد ، وفسر بكلّ من سمع النداء ولأن قصده البرّ ، وهو فيما ذكرناه أعمّ إلا أنه لا بدّ من الاختلاط بينهم ، وذلك باتحاد المسجد والمساكن والسكن فيه سواء ، وكذلك الذكر والأنثى والصغير والكبير والمسلم والذى ، لأن اسم الجار يتناولهم . قال (والأصهار : كل ذى رحم محرّم من زوجته) لأن النّبى عليه الصلاة والسلام أعنت كل ذى رحم محرّم من زوجته صفية (١) ، وكانوا يسمون أصهار رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ويدخل فيه كلّ ذى رحم محرّم من زوجة كلّ ذى رحم محرّم منه ، فلو مات بعد زوال النكاح بطلت الوصية ، لأنه يشترط وجود الصهرية عند الموت ويقاؤها بقاء النكاح . قال (والأختان : زوج كلّ ذات رحم محرّم منه) ويدخل فيه الأقرب والأبعد والعبد والحرّ لتناول اللفظ الجميع . ومن كلامهم : نعم الخلق القبر . وعند أهل اللغة اختلاف فى الأصهار والأختان غير ما ذكرنا ، والعرف على ما ذكرنا والحكم به . قال (والأهل : الزوجة) وعندهما كلّ من يعوله وتجمعه نفقته ومنزله من الأحرار دون الرقيق ، وإن كان يعوله وليس فى منزله لا يدخل عملاً بالعرف . قال تعالى - وأنوفى بأهلكم إجمين - ولأبى حنيفة رحمه الله أن الحقيقة ما ذكرنا ، يقال : تأهل فلان ببلد كذا إذا تزوج بها ، وانصراف القهم إليه عند الإطلاق دليل الحقيقة . وقال تعالى -

(١) قوله صفية ، قال الشلبى على الزهلى : صوابه : جويرية ذكره أبو داود .

وَالْأَلُّ : أَهْلُ بَيْتِهِ ، وَأَهْلُ نَسَبِهِ : مَنْ يَنْتَسِبُ إِلَيْهِ مِنْ جِهَةِ الْأَبِّ ، وَجَنْسُهُ : أَهْلُ بَيْتِ أَبِيهِ ، وَإِنْ أَوْصَى لِأَقْرَبَائِهِ ، أَوْ لِدَوَى قَرَابَتِهِ ، أَوْ لِأَرْحَامِهِ ، أَوْ لِدَوَى أَرْحَامِهِ ، أَوْ لِأَنْسَابِهِ فَهُمْ اثْنَانِ (مِم) فَصَاعِدًا مِنْ كُلِّ ذِي رَحِمٍ عَرَمَ مِنْهُ غَيْرِ الْوَالِدَيْنِ وَالْمَوْلُودَيْنِ ، وَفِي الْجَدِّ وَرَوَاتَانِ ،

قال لأهله امكثوا - أي لزوجه ، وقال تعالى - فلما قضى موسى الأجل وسار بأهله - أي زوجته بنت شعيب عليه السلام . قال (والآل : أهل بيته) لأن آل فلان قبيلته التي ينسب إليها . ولو أوصى لأهل بيت فلان يدخل فيه أبوه وجدّه ، لأن الأب أصل البيت . قال (وأهل نسبه : من ينتسب إليه من جهة الأب) لأن النسب إلى الآباء . قال (وجنسه : أهل بيت أبيه) لأن الشخص يتجنس بأبيه ، فابن التركي تركي ، وابن الهندي هندي . فالخاصل أن أهل البيت والنسب والجنس والآل أقرباؤه من قبل أبيه إلى أقصى جدّ يجمعهم في الإسلام ، ويدخل فيه الغني والفقير وإن كانوا لا يحصون ، لأن اسم القرابة يتناولهما ، والوصية للغني القريب قرابة لأنه صلة الرحم . قال (وإن أوصى لأقربائه أو لدوى قرابته ، أو لأرحامه ، أو لدوى أرحامه ، أو لأنسابه فهم اثنان فصاعداً من كل ذي رحم عرم منه ، غير الوالدين والمولودين ، وفي الجدّ رويان) وقال : يستحقه الواحد ويستوى فيه المحرم وغير المحرم والقريب والبعيد إلى كل من ينتسب إلى أقصى أب له في الإسلام ، لأن القرابة تنظم الكل لما روي أنه لما نزل قوله تعالى - وأنزل عشرين نكح الأقربين - صعد النبي عليه الصلاة والسلام الصفا وقال : يا بني فلان ، يا بني فلان حتى دعا قبائل قريش ، وقال لهم : إني نذير لكم بين يدي عذاب شديد ، فدل أن القرابة تناول القريب والبعيد . وقولهما إلى أقصى أب له في الإسلام كالعمامي والعلوي يدخل في وصيته كل من ينسب إلى العباس وإلى علي رضي الله عنهما ، لأن الجدّ المسلم صار هو البيت وشرّفوا به فلا اعتبار بمن تقدّمه ممن لم يسلم . ولأي حنيئة أن قوله لدوى قرابتي هم جمع ، والثاني جمع من وجه لوجود الاجتماع ، ولأن الوصية أخت الميراث ، وأقل الجمع في الميراث اثنان ، ولأن المقصود بها الصلة فتختص بالرحم المحرم كالنفقة ، ويستوى فيه الرجال والنساء للإطلاق ، ولا يدخل فيه الوالد والولد . قال تعالى - للوالدين والأقربين - والمعطوف غير المعطوف عليه ، وإذا لم يكن الوالد قريباً للولد لا يكون الولد قريباً له ، ولا يدخل الجدّ والجدة وولد الولد من ذكر وأنثى لأنهم ليسوا أقرباء ، لأن القريب لغة : من يتقرب إلى غيره بواسطة غيره ، وتكون الجزئية بينهما منعقدة ، وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ، والجدّ والجدة الجزئية بينهما ثابتة ، ويشترط أن لا يكون وارثاً لأن الوصية لا تصح للوارث .

وَيُعْتَبَرُ الْأَقْرَبُ بِالْأَقْرَبِ ، فَإِنْ كَانَ لَهُ عَمٌّ وَخَالَانِ فَلِلْعَمِّ النِّصْفُ وَلِلْخَالَائِنِ النِّصْفُ (م) ، وَفِي عَمَّتَيْنِ وَخَالَائِنِ الْكُلُّ لِلْعَمَّتَيْنِ (م) ، وَلَوْ كَانَ لَهُ عَمٌّ وَاحِدٌ فَلَهُ نِصْفُ الثَّلَاثِ (م) وَإِنْ كَانَ لَهُ عَمٌّ وَعَمَّةٌ وَخَالَانِ فَالْوَصِيَّةُ لِلْعَمِّ وَالْعَمَّةِ سَوَاءٌ ، وَإِنْ قَالَ لِذِي قَرَابَتِهِ أَوْ ذِي نَسَبِهِ فَكَذَلِكَ ، إِلَّا أَنْ الْوَاحِدَ يَسْتَحِقُّ الْكُلَّ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذُو رَحِمٍ عَزَمَ بَطَلَتْ (م) الْوَصِيَّةُ أَوْصَى لِبَنِي فُلَانٍ وَهُوَ أَبُو قَبِيلَةٍ كَبَيِّتِي تَمِيمَ فَهِيَ لِلذَّكَرِ وَالْأُنْثَى وَالْفَقِيرِ وَالغَنِيِّ ، وَإِنْ كَانُوا لَا يَحْصُونَ فَهِيَ بَاطِلَةٌ .

قال (ويعتبر الأقرب فالأقرب) عند أبي حنيفة أيضا (فان كان له عمٌ وخالان فلمم النصف وللخالين النصف) وقال : بينهم اثلاثا (وفي عيين وخالين الكل للعمين) وعندها بينهم أرباعا . لأبي حنيفة أن الوصية أخت الميراث فيعتبر الأقرب فالأقرب كما في الميراث ، فلا يرث الخال مع العمين ، وفي المسألة الأولى للمم النصف لأنه لا بد من الشئبة لما مر عنه ففي الباقي للخالين . ولهما ما تقدم أن اسم القريب يتناول القريب والبعيد على ما مر . قال (ولو كان له عمٌ واحد فله نصف الثلث) عنده ، وعندهما جميعه (وإن كان له عمٌ وعمة وخال فالوصية للمم والعمة سواء) لاستوائهما في القرابة وهي أقوى من الخثولة والعمة . وإن لم تكن وارثة تستحق الوصية بلفظ القرابة ، كما إذا كان القريب عبدا أو كافرا . قال (وإن قال لذي قرابته أو ذى نسه فكلذك) الخلاف (إلا أن الواحد يستحق الكل) بالإجماع ، لأن لفظ ذى فرد فيستحقه الواحد ، ففي مسألة العمم والخالين يستحق العمم الجميع لما قلنا ، ولو قال لذوى قرابته أو لأنسابه الأقرب فالأقرب يستحق الواحد فرد ، ويدخل فيه ذو الرحم المحرم وغيره ، لأن قوله الأقرب فالأقرب يتناول الكل ، وبثبت الاستحقاق للأبعد عند عدم الأقرب ، ولا يأخذ منه عملا بقوله الأقرب فالأقرب . قال (فان لم يكن له ذو رحم عزم بطلت الوصية) عند أبي حنيفة خلافا لهما ، والأصل ما مر . قال (أوصى لبني فُلانٍ وهو أبوقبيلة كَبَيِّتِي تَمِيمَ فَهِيَ لِلذَّكَرِ وَالْأُنْثَى وَالْفَقِيرِ وَالغَنِيِّ) وإن كانوا لا يحصون فهي باطلة (والأصل فيه أن كل وصية يحصى عدد أهلها فهي ناجزة ، وهي بينهم بالسوية على عدد رعوهم الذكر والأنثى فهي سواء ، ويدخل فيها الغنى والفقير ، لأن الحق يجوز إثباته لمعين من بنى آدم فإن التسليم إليه ممكن ، ولا دلالة على التخصيص فصحت الوصية ، وإن كان لا يحصى عددهم فعلى ثلاثة أوجه : أحدها أن تكون الوصية لا يدخل فيها غنى كقوله : فقراء بني تميم أو مساكينهم فالوصية صحيحة ، وتكون الوصية لمن قدر عليه منهم ، لأن الوصية وقعت لله تعالى والفقراء مصارفها .

وإن كان أباً صلباً فالوصية للذكور (م) خاصة ، ولو أوصى لأيتام بنى فلان أو عتيانهم أو زمتهم أو أراكلهم وهم يحصون فهي للفقراء والأغنياء ، وإن كانوا لا يحصون فكلفقراء خاصة

والثاني أن يكون لفظ الوصية يقع للفقير والغني ولا يختص به أحدهما فهي باطلة ، كقوله لبنى تميم لأنها تثبت للعباد ، ولا يمكن تنفيذها لجميع بنى تميم لأنهم لا يحصون ، ولا يمكن تنفيذها لبعض لأنه ليس بأولى من البعض الآخر فبطلت ، بخلاف الوجه الأول لأن الموصى له واحد ، وهو الله تعالى . الوجه الثالث أن يكون اللفظ يتناول الفقير والغني ، لكن قد يستعمل اللفظ في ذوى الحاجة كقوله يتامى بنى تميم ، أو عتيان بنى تميم ، أو زمتى بنى تميم ، أو أراكل بنى تميم ، فإن كانوا يحصون فالأسم يقع على الفقير والغني وتكون الوصية لهما ، لأنهم معينون يمكن التسليم إليهم فيجوز اللفظ على إطلاقه ، وإن كانوا لا يحصون كان للفقراء منهم ، لأن هذا اللفظ يذكر ويراد به غالباً أهل الحاجة ، فإن الله تعالى ذكر اليتامى في آية الخمس وأراد الفقراء منهم فوجب تخصيص الوصية وحملها على أهل الحاجة منهم ، ولأن القرابة والثواب فيهم أكثر وهو المقصود غالباً ، ويستوى فيه الذكر والأنثى ، لأن الاستحقاق بالعقد لا يفضل فيه الذكر والأنثى كالاستحقاق بالبيع ، ولو قال : لفقراء بنى فلان وهو أبو قبيلة لا يحصون دخل مواليتهم في الوصية مولى الموالاة ومولى لعناتهم وحلفائهم ، وإن كانوا بنى أب ليس بقبيلة يختص ببنى فلان من العرب دون الموالى والحلفاء ، لأنهم إذا لم يحصوا فالمراد بها النسبة وذلك موجود في الموالى والحلفاء وإذا ذكر البنوة من يحصون فالمراد الأولاد دون النسبة . قال (وإن كان أباً صلباً فالوصية للذكور خاصة) عند أبي حنيفة رحمه الله ، وكان يقول أولاً : هو للذكور والإناث ، وهو قولهما لأنه متى اختلط الذكور والإناث فخطاب الرجال يعم الجميع كقولهم : بنو آدم وبنو عاشر . ولأبي حنيفة رحمه الله أن حقيقة اللفظ للذكر خاصة وما ذكره مجاز ، والعمل بالحقيقة أولى . وقال أبو حنيفة رحمه الله : لو لم يكن لفلان ولد لصلبه يعطى ولد ولده من قبل الرجال دون الإناث ، ولا يشترك في هذا النساء مع الرجال ، إنما هي للرجال خاصة ، بخلاف اسم الولد على ما يأتي إن شاء الله تعالى . قال (ولو أوصى لأيتام بنى فلان أو عتيانهم أو زمتهم أو أراكلهم وهم يحصون فهي للفقراء والأغنياء ، وإن كانوا لا يحصون فكلفقراء خاصة) وقد مر ، وكذلك إذا أوصى لجارورى مكة فهي كالوصية للأيتام ، واليتيم : كل من مات أبوه ولم يبلغ الحلم ، غنياً كان أو فقيراً ، والأرملة : كل امرأة بالغة فقيرة فارقتها زوجها أو مات عنها ، دخل بها أو لم يدخل من قولهم :

أَوْصَى لَوْرَتَهُ فُلَانٌ فَكَلِمَةُ كَرٍّ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيْنِ ، وَإِنْ قَالَ لَوَكَدَ فُلَانٌ
الْأَكْثَرُ وَالْأُنْثَى فِيهِ سَوَاءٌ ، وَلَا يَدْخُلُ أَوْلَادُ الْإِبْنِ مَعَ أَوْلَادِ الصَّبِّ ،
وَيَدْخُلُ أَوْلَادُ الْإِبْنِ فِي الْوَصِيَّةِ عِنْدَ عَدَمِ وَكَدِ الصَّبِّ ، وَلَا يَدْخُلُ
أَوْلَادُ الْبَنَاتِ ،

أرمل القوم : إذا فني زادهم ، ويسمى الذكر أرملًا مجازًا . قال :
كل الأرمال قد قضيت حاجتها . فمن لحاجة هذا الأرمل الذكر (١)
والأمم : كل امرأة لازوج لما وقد جومت حرامًا أو حلالًا بلغت أولم تبلغ فقيرة أو غنية ،
هكذا ذكره محمد رحمه الله ، وقوله حجة في اللغة . الشاب والفتى من خمسة عشر سنة إلى أن
يصير كهلاً ، لأنه من شب إذا نما وازداد وهو في النمو إلى أن يكمل . والغلام : ما لم يبلغ
من العلة وهي السكرة والغفلة لأنه ما لم يبلغ كالسكران في لهوه وصباه . والكهل : من
ثلاثين سنة ، فإذا وخطه الشيب فهو شيخ قاله الجوهري . وعن أبي يوسف ومحمد الكهل
من أربعين إلى خمسين إلا إذا غلب الشيب فهو شيخ . وعن أبي يوسف إذا بلغ ثلاثين وخاطه
شيب فهو كهل ، وإن لم يخاطه فهو شاب ، والعبرة للشيب والشمط (٢) فإن الناس تمارفوا
ذلك وأطلقوا الاسم عند وجود العلامة . والكهولة من الاكتهال وهو الاكتهال ، ومنه
اكتهل الزرع إذا أدرك وابيض . والشيخ : من خمسين إلى آخر العمر . قال أبو يوسف :
إن كانوا لا يحصون إلا بكتاب وحساب فهم لا يحصون . وقال محمد : إن كانوا أكثر من
مائة لا يحصون ، واختار أن يفوض الأمر إلى القاضي وهو الأحوط . قال (أوصى لورته
فلان فلذلك ذكر مثل حظ الأنثيين) اعتباراً بالميراث لأن اسم الورثة دل عليه (وإن قال لولد
فلان الذكر والأنثى فيه سواء) لأنه لادلالة على التفضيل واللفظ يتناول الكل، لأن الولد
اسم لجنس المولود ذكراً كان أو أنثى واحداً أو أكثر ، ويدخل فيه الحمل لأنه ولد حتى
ورث (ولا يدخل أولاد الإبن مع أولاد الصلب) لأن الولد حقيقة يتناول ولد الصلب ،
ولو كان له بنات لصلبه وبنو ابن فالوصية للبنات عملاً بالحقيقة (ويدخل أولاد الإبن في
الوصية عند عدم ولد الصلب) لأن اسم الولد يتنظم ولد الصلب حقيقة وولد الولد
مجازاً ، فإذا تعذر الحقيقة صرف إلى المجاز تحرراً عن التعطيل (ولا يدخل أولاد البنات)

(١) قوله كل الأرمال ، قال في لسان العرب : قال ابن جني : قلما يستعمل الأرمل
في المذكر إلا على التشبيه والمغالطة . قال جرير : وساق البيت المذكور . وذكر في هامش
لسان العرب : كل الأرمال كذا في الأصل . وفي شرح القاموس والتكلمة والأساس :
هذه الأرمال ، فكلهما روايتان اهـ .

(٢) قوله الشمط ، قال في مختار الصحاح : الشمط بفتحين يبايض شعر الرأس يخاط سواده .

أَوْصَى لِمَوْلَايَةِ فَهِيَ لِمَنْ أَعْتَقَهُ فِي الصَّحَّةِ وَالْمَرَضِ وَلِلْأَوْلَادِهِمْ ، وَلَا يَدْخُلُ مَوَالِي الْمَوَالِي إِلَّا حَيْثُ عَدَّ مِيهَمٌ .

وروى الخصاص عن محمد أنهم يدخلون ، وذكر في السير الكبير : إذا أخذ أمانا لنفسه ولولده لم يدخل فيه ولد البنات ، وجه رواية الخصاص أن الولد ينسب إلى أبيه حقيقة وينسب إلى جده مجازا ، فإذا نسب إلى جده أب أبيه بأنه ابنه مجازا ، فكل ذلك ينسب إلى أب أمه ، ولأن عيسى عليه السلام يقال له ابن آدم ولا ينسب إليه إلا من أمه . وجه الظاهر أن أولاد البنات ينسبون إلى أبيهم ، قال :

بنونا بنو أبائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأباعد

وإذا نسبوا إلى آبائهم لم ينسبوا إلى أب الأم فلا يدخلون في الوصية له ، وما يدل عليه قوله تعالى - ما كان محمد أباً أحد من رجالكم - ولو كان ولد البنت ينسب إليه لكان أباً للحسن والحسين رضي الله عنهما . قال (أوصى لمواليه فهي لمن أعتقه في الصحة والمرض والأولادهم) من الرجال والنساء ، وسواء أعتقه قبل الوصية أو بعدها ، لأن الوصية تتعلق بالموت ، وكل واحد من هؤلاء ثبت له الولاء عند الموت فاستحق الوصية لوجود الصمة فيه ، وأولادهم أيضا ينسبون إليه بالولاء المعلق بالعتق فيدخلون معهم ، والمذنبون وأمهات الأولاد لا يدخلون . وعن أبي يوسف أنهم يدخلون لأنهم استحقوا الحرية بسبب لا يلحقه الفسخ فنسبوا إلى الولاء كالعتق . وجه الظاهر أن الوصية تستحق بالموت وهؤلاء يعتقون عقيب الموت ، ويثبت لهم الولاء بعده ، فعال نفوذ الوصية لم يكونوا موالى فلا يدخلون فيها . ولو قال لعبيده : إن لم أضربك فأنت حر فأت قبل ضربه دخل في الوصية لأنه يعتق عند عجزه عن الضرب ، وذلك في آخر جزء من أجزاء حياته فيستحق اسم الولاء عقيب الموت فيدخل في الوصية . وأما موالى المولاة قال أبو يوسف : إذا كان الموصى من العرب وله موالى عتاقة وموالى مولاة ، فهم شركاء في الوصية ، لأن الاسم يشمل الكل . وقال محمد في الجامع الكبير : الوصية لولاء العتاقة وأولادهم دون موالى المولاة ، لأن ولاد العتاقة بالعتق ، وولاد المولاة بالعقد فهما معنيان متغايران فلا يتظلمهما لفظ واحد ، ومولى العتاقة أترم فيجمل عليه ، بخلاف الأولاد لأنهم ينسبون هم والآباء إليه بولاد واحد . قال (ولا يدخل موالى الموالى إلا عند علمهم) لأنهم موالى غيره حقيقة ، وهم بمنزلة ولد الولد مع ولد الصلب ، فإن الموالى حقيقة الذين أوقع عليهم العتق ، وموالى الموالى ينسبون إليه مجازا ، فلا يتناولهم الاسم إلا عند علم الموالى حقيقة لما مر ، فإن كان له مولىان فالتظلم لهما ، لأن اسم الجمع في الوصايا يعمل على الاثنين فصاعدا لما مر .

فإن كان له مولى واحد ومولى مولاة فالنصف لمولاه والباقي لورثته ، وإن كان له موال أعققوه وموال أعققتهم فهي باطلة .

قال (فإن كان له مولى واحد ومولى مولاة فالنصف لمولاه والباقي لورثته) لما بينا أن اسم الجمع يتناول الاثنين فصاعدا ، فيستحق الواحد النصف ويسقط مولى المولاة لتعلق العمل بالحقبة والحجاز فيصرف إلى الورثة ، ونظيره الوصية للولد وله ولد واحد وولد ولد ، فلصلي نصف الثلث والباقي للورثة ، ولا شيء لولد الولد والعمة ما بينا . قال (وإن كان له موال أعققوه وموال أعققتهم فهي باطلة) لأن اسم المولى يتناولهما ومعناها مختلف ، لأن أحدهما أنم وآخر أنم عليه وليس أحدهما أولى من الآخر فتعذر العمل بعموم اللفظ ، لأن الاسم المشروط لا ينتظم المعنيين المختلفين في حالة واحدة فبقى الموصى له مجهولا ، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنها جائزة وتكون للفرقين لأن الاسم ينتظمهما ولا يدخل مولى أبيه . وقال أبو يوسف : يدخلون لأنهم مواله حكما حتى يرثهم بالمولاء فدخلوا تحت الاسم ، وجه الظاهر أنه لم يعتقهم فلا يكونون مواله حقيقة ولم ينسبوا إليه بالمولاء ، بخلاف ابن المولى فإنه ينسب إليه بالمولاء بواسطة أبيه وإنما يرثهم بالعصوبة لا بالمولاء ، بخلاف معتق البعض لأنه ينسب إليه بالمولاء .

مسائل متشعبة

وصى باع ضبعة لليتيم من مفلس يؤجل القاضي المشتري ثلاثة أيام ، فإن نفذ الثمن وإلا نسخ البيع نظرا لليتيم . أوصى إلى رجل بأن يضع ثلث ماله حيث أحب ، فله أن يعطيه في نفسه لأنه امتثل أمر الموصى فيجوز على إطلاقه ، ولو قاتل أعطه من شئت لا يعطى نفسه ، لأن الإعطاء لا يتحقق إلا بأخذ غيره ، والدفع والأخذ لا يتحقق من الواحد ، بخلاف الوضع فإنه يتحقق عند نفسه ، ولو قال : تصدق عني بهذه العشرة على عشرة مساكين فتصدق على مسكين واحد ، أو قال تصدق على مسكين واحد فتصدق على عشرة جاز ، لأن الصدقة قرينة لله تعالى والمساكين مصارف كالزكاة . وروى الحسن عن أبي حنيفة وابن سماعة عن أبي يوسف أنه لا يجوز ، وعن محمد لم أوصى أن يتصدق عنه بهذه الألف أو بهذا الثوب أو بهذا العبد أو يهدي عنه هذه البدنة ليس للموصى أن يتصدق بالقيمة ، واختار أنه يجوز فيها دفع القيم كما في الزكاة والصدقة ولو أوصى بأن يتخذ طعاما للناس بعد وفاته ويطعم الذين يحضرون التعزية ثلاثة أيام ، قال الفقيه أبو جعفر : يجوز من الطلب للذين يحضرون التعزية من مكان بعيد ويطول مقامهم عنده ، والأغنياء والفقراء سواء ، ولا يجوز لمن لا يطول مقامه ، وإن فعل الوصى من الطعام شيئا كثيرا بضم ، وإن كان

كتاب الفرائض

قليلًا لا يضمن ، وقيل الوصية باطلة ، والوصية بالكفن والدفن وبالتنقل من موضع إلى موضع باطلة لأن ولايته في ماله قد انقطعت بالموت ، ولو أوصى بأن يعطين قبره أو يجعل عليه قبة أو يدفن شيئًا إلى من يقرأ عند قبره القرآن فالوصية باطلة لأن عمارة القبور للأحكام مكروه ، وأخذ الشيء للقراءة لا يجوز لأنه كالأجرة ، ووصية الذي للبيعة والكنيسة تجوز .

اعلم أن وصية الذي إما إن كانت بقربة عندنا وعندهم أو عندهم أو عندنا ، أو لا تكون عربية أصلاً ، فالأول مثل الوصية لبيت المقدس في عمارته ودهن مصابيحها ، والوصية للفرزاة الذين يقاتلون من خلفهم من أهل الحرب ، فهذه صحيحة لأنها قربة في الحقيقة وفي معتقدهم ، ومثال الثاني أن يوصى بداره لبيعة أو كنيسة ، أو لبناء بيعة أو كنيسة ، أو أوصى أن تنهب خنازيره ويعطى المشركون فإنه يجوز . وقال أبو يوسف ومحمد : لا يجوز لأن ذلك معصية ، وفي الجواز تقريرها فلا يجوز . ولأن حقيقة أن ذلك قربة في معتقدهم وقد أمرنا أن نتركهم وما يدينون ، قال عليه الصلاة والسلام : اتركوهم وما يدينون ، أى يعقلون . هيجوز ذلك بناء على اعتقادهم . وأما قوله بأنه تقرير المعصية فليس بشيء لأن ذلك لو منع لما جاز قبول الجزية لأنه تقرير لكفرهم وبطاعتهم عليه ، ومثال الثالثة الوصية لمساعدتنا بالعمارة والحج وغير ذلك فهي باطلة نظراً إلى اعتقادهم ، ومثال الرابعة الوصية للأنواع والمغنيات فإنه لا يجوز لأنه معصية عندنا وعندهم وفي جميع الأديان فلا وجه إلى الجواز ، ولو كان لقوم معلومين معينين جاز بطريق التمليك لا بطريق الوصية والاستخلاف ، وكذلك الفصل الثالث .

حرفي دخل دارنا بأمان فأوصى بجميع ماله لمسلم أو ذى جاز ، لأن عدم الجواز بما زاد على الثلث إنما كان لحق الورثة ، ألا ترى أنهم لو أجازوا جاز ، وليس للورثة حق يحترم لكونهم في دار الحرب إذ هم كالأموات في أحكامنا فصار كأن لاوارث له فيصح .

كتاب الفرائض

وهي جمع فريضة فصلة من القرض ، وهو في اللغة : التقدير والقطع والبيان . قال تعالى - فنصبت ما فرضتم - أى قدرتم ، ويقال : قرض القاضي الثقة : أى قدرها ، وقال تعالى - سورة أنزلناها وفرضناها - أى بيناها ، ويقال : فرضت القارة الثوب : إذا قطعتها . والقرض في الشرع : ما ثبت بدليل مقطوع به كالكتاب والسنة المتواترة والإجماع ، وبمبنى هذا النوع من الفقه فرائض لأنه سهام مقدرة مقطوعة معينة ثبتت بدليل مقطوع به فقد اشتمل على المعنى القوي أو الشرعي ، وإنما خص بهذا الاسم لوجهين : أحدهما أن

يُبْدَأُ مِنْ تَرَكَةِ الْمَيْتِ بِتَجْهِيزِهِ وَدَفْنِهِ عَلَى قَدَرِهَا ثُمَّ تَقْضَى دِيُونُهُ ،
ثُمَّ تَنْقَضُ وَصَايَاهُ مِنْ ثُلْثِ مَالِهِ ، ثُمَّ يَقْسَمُ الْبَاقِي بَيْنَ وَرَثَتِهِ ،

الله تعالى سماه به ، فقال بعد القسمة - فريضة من الله - والنبي عليه الصلاة والسلام أيضا سماه به فقال « تعلموا القرائض » والثاني أن الله تعالى ذكر الصلاة والصوم وغيرهما من العبادات مجملا ولم يبين مقاديرها ، وذكر القرائض وبين سهامها وقدرها تقديرا لا يحتمل الزيادة والنقصان ، فخص هذا النوع بهذا الاسم لهذا المعنى ، والإرث في اللغة البقاء ، قال عليه الصلاة والسلام « إنكم على إرث من إرث أبيكم إبراهيم » أى على بقية من بقايا شريعته ، والوارث الباقي وهو من أسماء الله تعالى : أى الباقي بعد فناء خلقه ، وسمى الوارث لبقائه بعد المورث . وفي الشرع : انتقل مال الغير إلى الغير على سبيل الخلافة ، فكان الوارث لبقائه انتقل إليه بقية مال الميت . ومن شرف هذا العلم أن الله تولى بيانه وقسمته بنفسه وأوضحه وضوح النهار بشمسه فقال - يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين - إلى آخر الآيتين ، وقال سبحانه - يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة - إلى آخر الآية ، فبين فيها أهم سهام القرائض ومستحقها ، والباقي يعرف بالاستنباط لمن تأمل فيها ، والنبي عليه الصلاة والسلام أمر بتعليمها وحض عليه فقال « تعلموا القرائض وعلومها الناس فلها نصف العلم ، ولها أول علم يدرس ، وفي رواية « أول علم ينزع من أمي » والأحاديث والآثار في فضله كثيرة .

قال (يبدأ من تركه الميت بتجهيزه ودفنه على قدرها ، ثم تقضى ديونه ، ثم تنفذ وصاياه من ثلث ماله ، ثم يقسم الباقي بين ورثته) فهذه الحقوق الأربعة تتعلق بركة الميت على هذا الترتيب . أما البداية بتجهيزه ودفنه فلأن اللباس وستر العورة من الحاجات اللازمة الضرورية وأنها مقدمة على الديون والتفقات وجميع الواجبات في حالة الحياة ، فكلما بعد الممات وبالإجماع إلا حقا تعلق بعين كالأرهن والعبد الخاني ، فإن المرتين وولي الجناية أولى به من تجهيزه ، لأنهما أحق ببلب في حال الحياة من الحاجات الأصلية كستر العورة والطعام والشراب ، فكلما بعد وفاته ، ويكفي في مثل ما كان يلبسه من الثياب الحلال حال حياته على قدر التركة من غير تفتير ولا تبذير اعتبارا لإحدى الحالتين الأخرى ، ويقدم على الوصية ، لأن الوصية تبرع واللام أولى ، وعلى الورثة لأن المال إنما ينتقل إليهم عند غنائه ، ألا ترى أن حال حاجته وهي مدة حياته لا ينتقل إليهم ؟ قال عليه الصلاة والسلام « أبدا بنفسك ثم بمن تعول » ثم تقضى ديونه من جميع ما بقى من ماله لقوله تعالى - من بعد وصية يوصي بها أو دين - وأنه يقتضى تأخر القسمة عن الدين والوصية ، ولا يقتضى تقدم أحدهما على الآخر ، فان من قال : أعط زيدا بعد عمرو أو بكر لا يقتضى

وَيُسْتَحَقُّ الْإِزْتُ بِرَحِمٍ وَنِكَاحٍ وَوَلَاءٍ ، وَالْمُسْتَحَقُّونَ لِلْبَّرَكَةِ عَشْرَةٌ :
أَصْنافُ مَرْتَبَةٍ : ذَوُو السَّهَامِ ، ثُمَّ الْعَصَبَاتُ النَّسَبِيَّةُ ، ثُمَّ السَّبِيَّةُ وَهُوَ الْمُعْتَقُ ،
ثُمَّ عَصَبَتُهُ ، ثُمَّ الرَّدُّ ، ثُمَّ ذَوُو الْأَرْحَامِ ، ثُمَّ مَوْلَى الْمَوَالَةِ ، ثُمَّ الْمُقَرَّبُ
بِالنَّسَبِ لَمْ يَثْبُتْ ، ثُمَّ الْمُوصَى لَهُ بِمَا زَادَ عَلَى الثَّلَثِ ، ثُمَّ بَيْتُ الْمَالِ . وَالْمَانِعُ
مِنَ الْإِزْتُ : الرِّقُّ وَالْقَتْلُ وَالاخْتِلَافُ الْمِلَّتَيْنِ ، وَالاخْتِلَافُ الدَّارَيْنِ حُكْمًا .

تقدم أحدهما على الآخر لكن يقتضى تأخر زيد عنهما في الإعطاء فكانت الآية مجملة ، وقد
بلغنا أن النبي عليه الصلاة والسلام قدم الدين على الوصية فكان بياناً لحكم الآية ، رواه عنه
على رضي الله عنه ، ولأن الدين مستحق عليه ، والوصية تستحق من جهته ، والمستحق
عليه أولى لأنه مطالب به ، لأن فراغ ذمته من أهم حوائجه ، قال عليه الصلاة والسلام
« الدين حائل بينه وبين الجنة » ولأن أداء القرائض أولى من التبرعات ، ثم تنفذ وصاياه
من ثلث ماله بعد قضاء الدين ، فإن كانت الوصية بعين تعتبر من الثلث وتنفذ ، وإن
كانت بجزء شائع كالثلث والرابع فالوصى له شريك الورثة يزداد نصيبه بزيادة التركة
وينقص بتقصها فيحسب المال ويخرج نصيب الوصية كما يخرج نصيب الوارث وتقدم
على قسمة التركة بين الورثة لما تلونا ، فإن اللفظ يقتضى تأخر القسمة عن الدين والوصية
عملاً بكلمة وبعد ، ثم يقسم الباقي بين ورثته على قرائض الله تعالى للآيات الثلاث . قال
(ويستحق الإزْتُ برحم ونكاح وولاء) أما الرحم والنكاح فبالكتاب والإجماع ، وأما
الولاء فلما يأتي إن شاء الله تعالى (والمستحقون للتركة عشرة أصناف مرتبة : ذو السهام ،
ثم العصبات النسبية ، ثم السبية وهو المعتق ، ثم عصبته ، ثم الرد ، ثم ذو الأرحام ، ثم
مولى الموالاة ، ثم المقر له بنسب لم يثبت) وقد ذكر في الإقرار (ثم الموصى له بما زاد
على الثلث) وقد مر في الوصايا (ثم بيت المال) لأن المال متى خلا عن مستحق ومالك
فحصه بيت المال كالقطعة والفضال ، وسنذكر لكل صنف فصلين فيه حكمه إن شاء
الله تعالى . قال (والمانع من الإزْتُ : الرِّقُّ والقَتْلُ ، واختلاف المِلَّتَيْنِ ، واختلاف
الدَّارَيْنِ حُكْمًا) على ما يأتيك بتوفيق الله تعالى .

فصل : في ذوى السهام

وهم أصحاب الفروض ، وهم كل من كان له سهم مقدّر في كتاب الله تعالى أو في سنة
وسوله عليه الصلاة والسلام أو بالإجماع ، ويبدأ بهم ، لقوله عليه الصلاة والسلام « وألقوا
القرائض بأهلها فا بقت فلاولى عصبه ذكر » وهم اثنا عشر نفرًا : عشرة من النسب ،
واثنان من السبب . أما العشرة من النسب : ثلاثة من الرجال ، وأربعة من النساء :

أما الرجال فالأول الأب ، وله ثلاثة أحوال : القرض المحض ، وهو السدس مع الابن وابن الابن وإن سفل ، قال الله تعالى - ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد - والتعصيب المحض ، وذلك عند عدم الولد وولد الابن ، قال تعالى - فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمهم الثلث - فقلنا أن الباقي للأب وهو آية العصوبة والتعصيب والقرض ، وذلك مع البنت وبنت الابن فله السدس بالقرض ، والنصف للبنت ، أو الثلثان للبنتين فصاعداً والباقي له بالتعصيب لقوله عليه الصلاة والسلام « فما أبقت فلاولى عصبه ذكر » ، والثاني الجدة ، والمراد الجدة الصحيح وهو الذى لا يدخل فى نسبته إلى الميت أنثى ، وهو بمنزلة الأب عند عدمه على ما يذكر فى باب إن شاء الله تعالى ، ولأن اسم الأب ينطلق عليه ، قال تعالى خبراً عن يوسف عليه السلام - واتبعت ملة آبائى إبراهيم وإسمئيل - وإسمئيل جده وإبراهيم جد أبيه . والثالث الأخ لأم وله البنين وللبنين فصاعداً الثلث وإن اجتمع الذكور والإناث استروا فى الثلث ، قال تعالى « وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث - وقرأ أنى وسعد بن أبى وقاص - وله أخ أو أخت لأم - وقرأهما كروايتهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فالحق ببيان له ، وعليه إجماع الصحابة رضى الله عنهم .

وأما النساء فالأولى البنت وبنت الابن ، وإذا انفردت ، والنسبة فصاعداً الثلثان ، قال تعالى - فإن كنن نساً فوق اثنتين فلهن ثلث ما ترك وإن كانت واحدة فلها النصف - . قال عامة المفسرين : المراد الثلثان فصاعداً ، وقى الآية تقديم وتأخير تقديره : وإن كنن نساً اثنتين فما فوقهما ، ونظيره قوله تعالى - فاضربوا فوق الأعناق - أى الأعناق فما فوقها ، وقيل فوق زائدة فى الآيتين ، وعلى ذلك عامة العلماء ، إلا ما روى عن ابن عباس أنه قال : للواحدة النصف ، وللتنتين النصف ، وما زاد فلهن الثلثان عملاً بظاهر اللفظ ، وجوابه أنه أحتمل أن يراد ما ذكر ، واحتمل ما ذكرنا فوق الثلث فاحتجنا إلى مرجح من خارج وهو معنا فى صريح السنة ، وهو ما روى أن سعد بن الربيع استشهد يوم أحد وترك ابنتين وأخاً وامراً ، فأخذ أخوه المال وكان إذ ذاك يرث الرجال دون النساء ، فجاعت زوجته إلى النبى عليه الصلاة والسلام وقالت : يا رسول الله إن هاتين ابنتي سعد قتل يوم أحد وأخذ عهدهما المال ولا ينكحان إلا ولهما مال ، فقال عليه الصلاة والسلام : لرجعى فقلل الله تعالى أن يقضى فى ذلك فنزلت هذه الآية ، فبعث عليه الصلاة والسلام إلى عهدهما أن أعطيهما ثلثي المال ولأخيهما ثمة والباقي لك فكانت أول ميراث قسم فى الإسلام ، ولأن البنت تستحق الثلث مع الابن وهو أقوى حالاً منها فلأن تستحقه مع البنت وهى مثاها

في القوة والاستحقاق كان أولى ، ولأننا أجمعنا على أن الأختين يستحقان الثلثين ، فلأن يستحقهما البناتن وهما أقرب وألزم كان أولى .

الثانية بنت الابن وللواحدة النصف وللثنتين فصاعدا الثلثان ، فهن كالصليات عند عدم ولد الصلب ، لأن أمم الولد ينطلق عليهن حقيقة وشرعا ، فإنه كان السبب في توليدهن إلا أن أولاد الابن يدلون إلى الميت بالابن وبسببه يرثون فيحجبون به كالجدة مع الأب والجدات مع الأم ، ولا يلزم أولاد الأم حيث يرثون مع الأم وإن كانوا يدلون بها ، لأن السبب يختلف فإن الأم ترث بالأمومة وهم بالأخوة ولأنها تستحق جميع التركة ، وللواحدة فصاعدا من بنات الابن السلس مع الصلية تكلة الثلثين لما روى عبد الله بن سعود رضى الله عنه ، أن النبي عليه الصلاة والسلام قضى في بنت وبنت ابن وأخت البنت النصف ولبنت الابن السلس تكلة الثلثين وللأخت الباقي ، وبنت ابن الابن مع بنت الابن كبنت الابن مع الصلية ، وإذا استكملت البنات الثلثين سقطت بنات الابن ، لأن حق البنات في الثلثين بنص الكتاب ، وبنات الابن يرثن بالبقية عند عدم ولد الصلب ، فإذا استكملت الصليات الثلثين لم يبق لجهة البنتية نصيب فسقطت بنات الابن ، إلا أن يكون في درجتهن أو أسفل منهن ذكر فيعصبن فيكون الباقي بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ، مثاله بنتان وبنت ابن للبنتين الثلثان ، ولا شيء لبنت الابن ، وإن كان مع بنت الابن أخوها أو ابن عمها فالبنتين الثلثان ولبنت الابن وأخوها أو ابن عمها الباقي للذكر مثل حظ الأنثيين .

بنتان وبنت ابن وبنت ابن ابن وابن ابن ابن ، للبنتين الثلثان والباقي بين بنت الابن ومن دونها للذكر مثل حظ الأنثيين ، ولو ترك ثلاث بنات ابن بعضهم أسفل من بعض وثلاث بنات ابن ابن بعضهم أسفل من بعض ، وثلاث بنات ابن ابن ابن بعضهم أسفل من بعض ، وصورته إذا كان لابن الميت ابن وبنت ، ولابن ابنه ابن وبنت ، ولابن ابنه ابن وبنت ، فبات البنون وبنو البنات ، وكذلك ثلاث بنات ابن ابن ابن ، وهذه صورتها :

ميسرة	فالعليا من الفريق الأول لا يوازئها أحد ، والوسطى
ابن	ابن
ابن بنت	ابن
ابن بنت	ابن بنت
ابن بنت	ابن بنت
ابن بنت	ابن بنت
ابن بنت	ابن بنت
ابن بنت	ابن بنت

من الفريق الأول توازئها العليا من الفريق الثاني .
والسفل من الفريق الأول توازئها الوسطى من الفريق الثاني ، والعليا من الفريق الثالث والسفل من الفريق الثاني توازئها الوسطى من الفريق الثالث ، والسفل من الفريق الثالث لا يوازئها أحد ، فالعليا من الفريق الأول والنصف والسلس تكلة الثلثين للوسطى من

الفرق الأول ، والعليا من الفرق الثاني لاستوائهما في الدرجة ولا شيء للباقيات ، فإن كان مع العليا من الفرق الأول غلام فالمال بينه وبينها للذكر مثل حظ الأنثيين وسقط الباقيات ، وإن كان مع الوسطى من الفرق الأول غلام فالنصف للعليا من الفرق الأول ، والباقي بين الغلام ومن في درجته للذكر مثل حظ الأنثيين ، وإن كان مع السفلى من الفرق الأول فالنصف للعليا من الفرق الأول والسدس للوسطى منه مع من يوازها تكلة الثلثين والباقي بين الغلام ومن يوازها للذكر مثل حظ الأنثيين وسقط الباقيات وإن كان مع السفلى من الفرق الثاني فالنصف للعليا من الفرق الأول ، والسدس تكلة الثلثين للوسطى منه ولمن يوازها ، والباقي بين الغلام ومن يوازها ومن هو أعلى منه بمن لا فرض له للذكر مثل حظ الأنثيين وسقط الباقيات وعلى هذا .

والأصل في هذا أن بنت الابن تصير عصبه بابن الابن سواء كان في درجتها أو أسفل منها إذا لم تكن صاحبة فرض ، لأن الجارية التي توازي الغلام إنما ورثت بسبب الغلام بعد استكمال الصليبات الثلثين لأنها لولاه لمبا ورثت ، فلأن ثرت بسبب جارية أقرب منه إلى الميت كان أولى . وأما صاحبة الفرض فقد استقلت بالفرض فلا تصير تابعة لمن هو أسفل منها في الاستحقاق ، وهذا الفصل يسمى التشيب ، إما لأن التشيب الوصف والبيان ، ومنه التشيب في الشعر لأنه ذكر وصف النساء وبيان صفاتهن ، أو لترتيب درجات بنات الابن بنتا تحت بنت كأنجاش الشابة (١) ، وهذه نبذة منه ، والباقي يعرف بالتأمل ، والقياس عليه .

والثالثة الأم ، ولها ثلاثة أحوال : السدس مع الولد وولد الابن واثنين من الإخوة والأخوات من أي جهة كانوا ، والثالث عند عدم هؤلاء ، قال تعالى - ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث فإن كان له إخوة فلأمه السدس - وقال ابن عباس : إنما يحجبها من الثلث إلى السدس ثلاثة من الإخوة

(١) قوله كأنجاش الشابة ، كذا بالأصل الذي بأيدينا ، وفي نسخة أخرى : كأنجاش الشابة ، وعبارة الزيلعي : وهذا النوع من المسائل يسمى في عرف الفرضيين تشيب بنات الابن إذا ذكرن مع اختلاف الدرجات ، وهو إما مشتق من قولهم : شب فلان بفلانة : إذا أكثر ذكرها في شعره ، وتشيب القصيدة تحسيها وترتيبها بذكر النساء ، أو من شب النار إذا أوقدها ، لأن فيه تركية للخواطر ، أو من شب القرم يشب ، ويشب شبابا : إذا رفع يديه جميعا ، أو أشبته أنا إذا هيجته لذلك لأنه خروج وارتفاع من درجة إلى أخرى كبحال القرم في نزواته : أي وثباته اه . . .

فصاعدا نظرا إلى لفظ الجمع ، وجوابه أن الجمع يذكر بمعنى الثنية ، قال تعالى - فقد صفت قلبكما - ولأن الجمع من الاجتماع وأنه يتحقق باجتماع الاثنين . وروى أن ابن عباس قال لعثمان رضي الله عنهما : إن الله تعالى حجب بالإخوة ، والاثنان في اللسان ليسا بإخوة فقال : قد كان ذلك قبلي فلا أستطيع أن أدراه ، قلد أنه كان إجماعا . وثالث ما يبق بعد فرض الزوج والزوجة في مستلذين : زوج وأبوان ، أو زوجة وأبوان . لها في المسئلة الأولى السلس وفي الثانية الربع ، وتسميان العمريتين ، لأن عمر رضي الله عنه أول من قضى فيها ، وخالف ابن عباس فيها جميع الصحابة فقال : لها الثلث نظرا إلى قوله تعالى - فلأئمه الثلث - ولنا قوله تعالى - وورثه أبواه فلأئمه الثلث - جعل لها ثلث ما يرثه الأبوان ، وإنما يرثان في هاتين المستلتيين الباقي بعد فرض الزوجين فيكون لها ثلثه وهو ما ذكرنا ، ولأننا لو أعطيناها ثلث الكل أدى إلى تفضيل الأنثى على الذكر مع استوائهما في سبب الاستحقاق والقرب وأنه خلاف الأصول ، ولو كان مكان الأب جد في المستلتيين فلها الثلث كاملا ، وفيه رواية أخرى تأتي في باب الجدة إن شاء الله تعالى ، ووجهه أنها أقرب من الجدة لأنها تمل إلى الميت بغير واسطة والجدة يلدى بواسطة الأب ، والتفاضل يجوز عند اختلاف القرب كزوجة وأخت لأبوين وأخ لأب ، للزوجة الربع ، وللأخت النصف ، وللأخ ما يبق وهو الربع .

والرابعة الجدة الصحيحة كأم الأم وإن غلت ، وأم الأب وإن علا وكل من يدخل في نسبها أب بين أمين فهي فاصلة ، وللواحدة الصحيحة السلس لما روى : أن جدة أم أم جاءت إلى أبي بكر رضي الله عنه وطلبت ميراثها فقال : لأجد لك في كتاب الله شيئا ولم أسمع فيك من رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا فأرجى حتى أسأل لك أصحابي أو أرى فيك رأيي ، فصل الظهر ثم خطب فقال : هل سمع أحد منكم شيئا في الجدة من رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فقالوا : نعم . فقال رضي الله عنه فقال : أشهد أني أشهد على رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قضى للجدة السلس ، وفي رواية : أطعم الجدة السلس ، فقال : هل معك شاهد آخر ؟ فقال عبد بن مسلمة : أنا أشهد على رسول الله صلى الله عليه وسلم بمثل ما شهد به المغيرة ، قضى لها بالسلس . وجاءت أم أب في زمن عمر رضي الله عنه فقضى لها بالسلس ، ولو اجتمعن وتحاذين فلهن السلس أيضا ، لما روى أنه عليه الصلاة والسلام أطعم ثلاث جدات السلس ، رواه الطحاوي ، وتماه يذكر في فصل الجدات إن شاء الله تعالى .

الخامسة الأخوات لأب وأم ، وللواحدة النصف ، وللتنتين فصاعدا الثلثان ، لقوله تعالى

« إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك - ثم قال - فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك » .

السادسة : الأخوات لأب ، وهنّ كالأخوات لأبوين عند علمهنّ ، لأن اسم الأخت في الآية يتناول الكل ، إلا أن الإخوة والأخوات لأبوين يقدمون لقوة القرابة لأنهم يدلون بجهتين ، وعند علمهم نجرنا على قضية النصّ وللواحدة فصاعداً من الأخوات لأب السدس مع الأخت لأبوين تكتله الثلثين ، وهن مع الأخوات لأبوين كبنات الابن مع الصليبيات فيحبون بالأخ من الأبوين وبالأخ والأخت ، ولا يحبون بالأخت الواحدة كما تقدّم . وإذا استكمل الأخوات من الأبوين الثلثين سقط الأخوات من الأب ، إلا أن يكون معهنّ أخّ فيعصبنّ ، والوجه فيه مأمّر في بنات الابن .

السابعة : الأخوات لأم ، فللواحدة السلس ، وللثنتين فصاعدا الثلث ، وتماه مر في الأخ لأم . وأما الاثنان من السبب فالزوج والزوجة ، فللزوج النصف عند عدم الولد وولد الابن ، والربع مع الولد أو ولد الابن ، وللزوجة الربع عند عدمها ، واثنان مع أحدهما بذلك نطق صريح الكتاب ، والزوجات والواحدة يشتركن في الربع واثنان لقوله تعالى - فلهن - وهو اسم جمع وعليه الإجماع .

فصل

ومن اجتمع فيه قرابتان : لو تفرقتا في شخصين ورثا ورث بهما ويعمل كشخصين
إذ كل واحدة مستقلة في سبب الاستحقاق . مثاله : ماتت عن زوج وهو ابن عمها النصف
له بالزوجة والباقي بالعمومة . ماتت عن ابني عم أحدهما أخ لأم فللأخ السلس بالأخوة
والباقي بينهما بالعمومة ولو ماتت عن ابني عم أحدهما زوج فلزوج النصف والباقي
بينهما بالعمومة . ماتت عن أختين إحدهما معتقة ، فالثلثان بينهما بالأخوة والباقي للمعتقة
وهذا بالإجماع

أما الجلدات ، قال أبو يوسف : يقسم بينهما باعتبار الإبدان ، وعند محمد باعتبار الجلهات . مثاله : جدتان إحداهما لها قربتان كأم أم الأم وهي أم أب أب ، والأخرى لها قرابة واحدة كأم أم الأب فالسلس بينهما نصفان عند أبي يوسف وعند محمد أثلاثا .
وصورته : امرأة تزوج ابن ابنها بنت بنتها فأولدها ابنا فهذه أم أم أم هذا الابن وهي أم أب أبيه ، وكذا لو تزوج ابن بنتها بنت لها أخرى فأولدها ابنا كانت أم أم أمه وأم أم أبيه ، فإن تزوج هذا الابن بنت بنت بنت لها أخرى فأولدها ابنا صارت أم أم أم أمه وأم أم أم أم.

وَالسَّهَامُ الْمَقْرُوضَةُ فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى : الثَّمَنُ وَالسُّدُسُ ، وَتَضْعِيفُهُمَا مَبْرُتَيْنِ ، فَالثَّمَنُ ذِكْرُهُ اللَّهُ تَعَالَى فِي فَرَضِ الزَّوْجَةِ ، وَالرُّبْعُ فِي فَرَضِهَا وَفَرَضِ الزَّوْجِ ، وَالنِّصْفُ فِي فَرَضِ الزَّوْجِ وَالْبَيْتِ وَالْأَخْتِ ، وَالسُّدُسُ فِي فَرَضِ الْأُمِّ وَالْأَبِ وَالْوَاحِدِ مِنْ وَلَدِ الْأُمِّ ، وَالثَّلْثُ فِي فَرَضِ الْأُمِّ وَالْإِخْوَةِ لِأُمِّ ، وَالثَّلْثَانِ لِلْبَنَاتِ وَالْأَخَوَاتِ .

فصل في العصبات

وَهُنَّ نَوْعَانِ : عَصَبَةٌ بِالنِّسْبِ ، وَعَصَبَةٌ بِالسَّبَبِ . أَمَّا النِّسْبِيَّةُ فَثَلَاثَةٌ أَنْوَاعٌ : عَصَبَةٌ بِنَفْسِهِ ، وَهِيَ كُلُّ ذَكَرٍ لَا يَدْخُلُ فِي نِسْبَتِهِ إِلَى الْمَيِّتِ أَنْثَى وَأَقْرَبُهُمْ جِزَاءُ الْمَيِّتِ ، وَهُمْ بَنُوهُ

أَبِيهِ ، فَيَكُونُ لَهَا ثَلَاثُ جِهَاتٍ ، وَلَوْ تَزَوَّجَ هَذَا الْإِبْنُ بِنْتَ بِنْتِ بِنْتِ لَهَا أُخْرَى ، فَأُولَئِكَ ابْنَاتُ كَانَتْ جَدَّةً لَهُ مِنْ أَرْبَعِ جِهَاتٍ ، وَعَلَى هَذَا يُمْكِنُ تَكْثِيرُ الْجِهَاتِ .

فصل

(وَالسَّهَامُ الْمَقْرُوضَةُ فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى : الثَّمَنُ وَالسُّدُسُ وَتَضْعِيفُهُمَا مَرَّتَيْنِ) فَتَضْعِيفُ سِتَّةٍ لِأَنَّهُ تَضْعِيفُ الثَّمَنِ الرَّبْعِ ، وَتَضْعِيفُ الرَّبْعِ النِّصْفُ ، وَتَضْعِيفُ السُّدُسِ الثَّلَاثُ ، وَتَضْعِيفُ الثَّلَاثِ الثَّلَاثَانِ (فَالْثَّمَنُ ذِكْرُهُ اللَّهُ تَعَالَى فِي فَرَضِ الزَّوْجَةِ ، وَالرُّبْعُ فِي فَرَضِهَا وَفَرَضِ الزَّوْجِ ، وَالنِّصْفُ فِي فَرَضِ الزَّوْجِ وَالْبَيْتِ وَالْأَخْتِ ، وَالسُّدُسُ فِي فَرَضِ الْأُمِّ وَالْأَبِ وَالْوَاحِدِ مِنْ وَلَدِ الْأُمِّ ، وَالثَّلْثُ فِي فَرَضِ الْأُمِّ وَالْإِخْوَةِ لِأُمِّ ، وَالثَّلْثَانِ لِلْبَنَاتِ وَالْأَخَوَاتِ) وَأَمَّا الْكُلُّ فَابْنُهُ ذَكَرُهُ فِي مَوْضِعَيْنِ : أَحَدُهُمَا نَسَبًا ، وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى - وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهِيَ بِهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ - وَالثَّانِي ذَكَرُهُ اقْتِضَاءً وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى - وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ - فَيَكُونُ لِلْإِبْنِ الْكُلُّ ضَرُورَةً وَاقْتِضَاءً ، وَالثَّانِي اقْتِضَاءً كَالنِّصْفِ ، فَهَذِهِ سَهَامُ الْقَرَارِضِ لَا تَخْرُجُ عَنْهَا فَرِيضَةُ إِلاَّ عِنْدَ الْعَوْلِ وَالرَّذْءِ عَلَى مَا يَأْتِيكَ فِي مَوْضِعِهِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا الْمُسْتَحِقِّينَ لِهَذِهِ السَّهَامِ وَحَالَاتِهِمْ .

فصل في العصبات

وَهُمْ كُلُّ مَنْ لَيْسَ لَهُ سَهْمٌ مَقْدُورٌ يَأْخُذُ مَا بَقِيَ مِنْ سَهَامِ ذَوِي الْقَرُوضِ ، وَإِذَا انْفَرَدَ أَخَذَ جَمِيعَ الْمَالِ (وَهُمْ نَوْعَانِ : عَصَبَةٌ بِالنِّسْبِ وَعَصَبَةٌ بِالسَّبَبِ . أَمَّا النِّسْبِيَّةُ فَثَلَاثَةٌ أَنْوَاعٌ : عَصَبَةٌ بِنَفْسِهِ ، وَهِيَ كُلُّ ذَكَرٍ لَا يَدْخُلُ فِي نِسْبَتِهِ إِلَى الْمَيِّتِ أَنْثَى وَأَقْرَبُهُمْ جِزَاءُ الْمَيِّتِ وَهُمْ بَنُوهُ

ثُمَّ بَنُوهُمْ وَلَٰنَ سَقَلُوا ، ثُمَّ أَصْلُهُ وَهُوَ الْأَبُ ، ثُمَّ الْجَدُّ ، ثُمَّ جِزْءُ أَبِيهِ ،
ثُمَّ بَنُوهُمْ ، ثُمَّ جِزْءُ جَدِّهِ ، ثُمَّ بَنُوهُمْ ، ثُمَّ أَعْمَامُ الْأَبِ ، ثُمَّ بَنُوهُمْ ،
ثُمَّ أَعْمَامُ الْجَدِّ ، ثُمَّ بَنُوهُمْ وَهَكَذَا . وَعَصَبَةُ يَغْيِرُهُ ، وَهُمْ أَرْبَعٌ مِنْ
النِّسَاءِ يَصْرُنَّ عَصَبَةَ بَاخَوْتَيْنِ ، فَالْبَنَاتُ بِالْإِبْنِ ، وَبَنَاتُ الْإِبْنِ بِابْنِ الْإِبْنِ ،
وَالْأَخَوَاتُ لِأَبٍ وَأُمٍّ بِأَخِيحِينَ ، وَالْأَخَوَاتُ لِأَبٍ بِأَخِيحِينَ .

قال تعالى - ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد - قدم الابن في التعصيب
على الأب فيكون مقدما على من بعده بطريق الأولى (ثم بنوه وإن سفلوا) لدخولهم
في اسم الولد . روي عن أبي بكر وعلي وابن مسعود وابن عباس وزيد بن ثابت رضي
الله عنهم أنهم قالوا : أقرب العصبات الابن ثم ابن الابن ، والأب وإن كان أقرب من
ابن الابن فهو صاحب فرض مع الابن وبنيه ، والمعتبر في ترجيح الاستحقاق بجهة
التعصيب لا بالفرض كابن الأخ لأب يرث مع الأخت لأبوين وإن كانت أقرب وأقوى
جهة (ثم أصله وهو الأب) لقوله تعالى - وورثه أبواه فلأُمه الثلث - يعني الباقي للأب .
ثبت أنه أحق بالتعصيب من الجد والإخوة ولأن من بعده يدلي به (ثم الجد) وفيه خلاف
يأتي في بابه إن شاء الله تعالى (ثم جزء أبيه) وهم الإخوة لقوله تعالى - وهو يرثها إن لم يكن
لها ولد - جعله أولى بجميع المال في الكلاله وهو الذي لا ولد له ولا والد (ثم بنوه ثم جزء
جده) وهم الأعمام (ثم بنوه ثم أعمام الأب ثم بنوه ثم أعمام الجد ثم بنوه وهكذا)
لأنهم في التقرب والدرجة على هذا الترتيب ، فيكونون في الميراث كذلك كما في ولاية
الإنكاح ، وإذا اجتمعت العصبات فإنه يورث الأقرب فالأقرب لقوله عليه الصلاة والسلام
« فلأولى عصبه ذكر » ولأن علة الاستحقاق القرب والعلية في الأقرب أكثر فتقدم كما
في النكاح . وقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي عليه الصلاة والسلام
« أنه جعل المال للأخ لأب وأم ، ثم للأخ لأب ، ثم لابن الأخ لأب وأم ، ثم لابن الأخ
لأب وساق ذلك في العمومه » ومن كان منهم لأبوين أولى من كان لأب لأنه أقوى قرابة
حيث يدلي بجهتين الأب والأم ، ولما تقدم من الحديث وقوله عليه الصلاة والسلام
« إن أعيان بنى الأب والأم يتوارثون دون بنى العلات » وإذا اجتمع جماعة من العصبه
في درجة واحدة يقسم المال عليهم باعتبار أبلانهم لا باعتبار أصولهم . مثاله : ابن أخ
وعشرة بنى أخ آخر ، أو ابن عم وعشرة بنى عم آخر ، المال بينهم على أحد عشر
سهما لكل واحد سهم (وعصبه يغيره وهم أربع من النساء يصرن عصبه باخوتين ، فالبَنَاتُ
بالابن وبَنَاتُ الابن بَابِنِ الابن) لقوله تعالى - يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ
الأنثيين - (والأخوات لأب وأم بأخيين ، والأخوات لأب بأخيين) لقوله تعالى - وإن

وَعَصْبَةٌ مَعَ غَيْرِهِ ، وَهُمْ الْأَخَوَاتُ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ يَصْرَنَ عَصْبَةً مَعَ
الْبَنَاتِ وَبَنَاتِ الْإِبْنِ . وَعَصْبَةٌ وَلَدَ الزَّنا وَوَلَدَ الْمَلَاعِنَةِ مَوَالِي أُمَّهُمَا ،
وَالْمُعْتَقُ عَصْبَةٌ بِنَفْسِهِ ثُمَّ عَصْبَتُهُ عَلَى التَّرْتِيبِ وَهُوَ آخِرُ الْعَصَبَاتِ .

فصل الحجب

سِتَّةٌ لَا يُعْجَبُونَ أَصْلًا : الْأَبُ وَالْإِبْنُ وَالزَّوْجُ وَالْأُمُّ وَالْبَنْتُ وَالزَّوْجَةُ ،
وَمَنْ عَدَا هَؤُلَاءِ فَلَا قُرْبَ يُعْجَبُ الْأَبْعَدُ ،

كانوا إخوة رجالا ونساء فلذلك مثل حظ الأنثيين - (وعصبة مع غيره وهم الأخوات
لأبوين أو لأب يصرن عصبة مع البنات وبَنَاتِ الابن) لما تقدم من حديث ابن مسعود ،
ولقوله عليه الصلاة والسلام « اجعلوا الأخوات مع البنات عصبة » . مثاله : بنت وأخت
لأبوين وأخ أو إخوة لأب فالنصف للبنت والنصف للأخت ولا شيء للإخوة ، لأنها لما
صارت عصبة صارت كالأخ من الأبوين (وعصبة ولد الزنا وولد الملاعة موالى أُمَّهُمَا) .
لأنه لأب له ، والنسب عليه الصلاة والسلام ألحق ولد الملاعة بأُمه فصار كشخص لأقربة له .
من جهة الأب فيرثه قرابة أُمه ويرثهم ، فلو ترك بنتا وأما والملاعن ، فلبنت النصف وللأم
السدس والباقي يردّ عليهما كأن لم يكن له أب ، وكذلك لو كان معهما زوج أو زوجة أخذ
فرضه والباقي بينهما فرضا ورثا ، ولو ترك أُمه وأخاه لأُمه وابن الملاعن فألهم الثلث
ولأخيه لأُمه السدس والباقي يردّ عليهما ولا شيء لابن الملاعن لأنه لا أخ له من جهة الأب ،
ولو مات ولد ابن الملاعة ورثه قوم أبيه وهم الإخوة ولا يرثونه قوم جده وهم الأعمام
وأولادهم ، وبهذا يعرف بقية مسائله ؛ وهكذا ولد الزنا إلا أنهما لا يفرقان في مسألة واحدة .
وهو أن ولد الزنا يرث من توأمه ميراث أخ لأُم ، وولد الملاعة يرث التوأم ميراث أخ
لأب وأُم . (و) أما العصبة بسبب (المعتق) وهو (عصبة بنفسه ثم عصبته على) ما ذكرنا ؛
من (الترتيب وهو آخر العصبات) لأن عصبوتهم حقيقية وعصبوته حكيمة . قال عليه
الصلاة والسلام « الولاء لحمة كل لحمه النسب » ولأنه أحياء معنى بالإعتاق فأشبهه بالولادة .
وتمامه يأتي في فصله إن شاء الله تعالى ..

فصل الحجب

وهو نوعان : حجب نقصان ، وحجب حرمان ، فحجب النقصان هو الحجب من
سهم وقد تقدم . وأما حجب الحرمان فنقول (ستة لا يعجبون أصلا : الأب والابن والزواج
والأم والبنت والزوجة) لأن فرضهم ثابت بكل حال أثبوتة بدليل مقطوع به وهو ما تلونا ؛
من صريح الكتاب (ومن عدا هؤلاء فلا قرب يعجب إلا بعد) كالابن يعجب أولاد الابن .

وَمَنْ يُدْنِي بِشَخْصٍ لَا يَبْرُثُ مَعَهُ إِلَّا أَوْلَادَ الْأُمِّ ، وَالْمَحْرُومُ لَا يَحْجُبُ
كَالْكَافِرِ وَالْقَاتِلِ وَالرَّقِيقِ ، وَالْمَحْجُوبُ يَحْجُبُ كَالْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ يَحْجُبُهُنَّ
الْأَبُ ، وَيَحْجُبُونَ الْأُمَّ مِنَ الثَّلَاثِ إِلَى السُّدُسِ ، وَيَسْقُطُ بَنُو الْأَعْيَانِ بِالْإِبْنِ
وَأَبْنَاهُ وَالْأَبُ ، وَفِي الْجَدِّ خِلَافٌ ، وَيَسْقُطُ بَنُو الْعَمَلَاتِ بِهِمْ وَيَهْؤُلَاءِ ،
وَيَسْقُطُ بَنُو الْأَخْيَافِ بِالْوَلَدِ وَوَلَدِ الْإِبْنِ وَالْأَبِ وَالْجَدِّ ،

والأخ لأبوين يحجب الإخوة لأب (ومن يدلي بشخص لا يرث معه إلا أولاد الأم)
وقد تقدم وجهه .

أمثلة ذلك : زوج وأخت لأبوين وأخت لأب ، للزوج النصف ، وللأخت لأبوين
النصف ، وللأخت لأب السدس تكلة الثلثين ، أصلها من ستة تعول إلى سبعة ، فإن كان
مع الأخت لأب أخ عصيباً فلا ترث شيئاً فهذا الأخ المشثوم . زوج وأبوان وبنت وبنت
ابن أصلها من اثني عشر وتعول إلى خمسة عشر للزوج الربع ثلاثة ، وللأبوين السدسان
أربعة ، وللبنت النصف ستة ، ولبنت الابن السدس سبعة ، ولو كان مع بنت الابن ابن
عصيباً فسقطت وتعول إلى ثلاثة عشر ، وهذا أيضاً أخ مشثوم . أختان لأبوين وأخت لأب .
فالأمم للأخوين فرضاً ورداً ، ولا شيء للأخت لأب ، فإن كان معها أخوها عصيباً فلهما
الباقى وهو الثلث للذكر مثل حظ الأنثيين ، وهذا الأخ المبارك (والمحرور لا يحجب كالكافر
والقاتل والرقيق) لا نقصاناً ولا حرماناً ، لأنهم لا يرثون لعدم الأهلية ، والعملة تنعدم لفقد
الأهلية وتفوت نفقات شرط من شرائطها كبيع المجنون ، وإذا انعدمت العملة في حقهم
التحقوا بالعدم في باب الإرث . وعن ابن مسعود رضي الله عنه : أنه يحجب حجب نقصان
ويظهر ذلك في مسائل العول (والمحجوب يحجب كالأخوة ، والأخوات يحجبهم الأب ،
ويحجبون الأم من الثلث إلى السدس) لأن جملة الاستحقاق موجودة في حقهم ، لكن امتنع
بالحاجب وهو الأب فجاز أن يظهر حجبتها في حق من يرث معها (ويسقط بنو الأعيان)
وهم الإخوة لأبوين (بالابن وابنه وبالأب ، وفي الجد خلاف) لأنهم أقرب (ويسقط
بنو العمالات) وهم الإخوة لأب (بهم وبهؤلاء) لما بيننا وبالحديث (ويسقط بنو الأخياف)
وهم الإخوة لأم (بالولد وولد الابن والأب والجد) بالاتفاق ، لأن شرط تورثهم كون
الميت يورث كلالته بقوله تعالى - وإن كان رجل يورث كلالة - الآية ، والمراد أولاد
الأم لما تقدم ، والكلالة من لا ولد له ولا والد ، فلا يرث إلا عند عدم هؤلاء (ويسقط
جميع الجدات) الأبويات والأمميات (بالأم) لما روى : أن النبي عليه الصلاة والسلام
إنما أعطى الجد السدس إذ لم يكن للميت أم ، ولأن الأمية تنبئ إلى الميت بالأم وترث
بواسطة الجد يرث معها لما تقدم أن الأقرب يحجب الأبعد فحجبها نصاً وقياساً ،

وَتَسْقُطُ جَمِيعُ الْبَهَائِ بِالْأُمِّ ، وَتَسْقُطُ الْأَبَوِيَّاتُ بِالْأَبِ ، وَالْقُرْبَى تَحْجُبُ الْبُعْدَى وَارْتَهُ كَانَتْ أَوْ مَحْجُوبَةً .

فصل

القول : هو زيادة السهام على القرىضة فتعول المسألة إلى سهام القرىضة ويدخل النقصان عليهم بقدر حصصهم .
واعلم أن أصول المسائل سبعة : اثنان وثلاثة وأربعة وستة وثمانية وأثنا عشر وأربعة وعشرون . فأربعة منها لاتعول : الاثنان والثلاثة والأربعة والثمانية . وثلاثة تعول : الستة

أما الأبوية فحجبها نصا لاقياس أنها تدل إلى الميت بالأب وترث إفرضه ، فالقيام أن لا تحجب الأم (وتسقط الأبويات بالأب) كالجد مع الأب ، وكذلك يسقطن بالجد إذا كن من قبله ، ولا تسقط أم الأب بالجد لأنها ليست من قبله ؛ فلو ترك أبا وأم أب وأم أم فأب الأب محجوبة بالأب . واختلفوا ماذا لأم الأب ، قيل لها السدس لأن أم الأب لما انحجبت لا تحجب غيرها ، وقيل لها نصف السدس لأنها من أهل الاستحقاق فتحجب وإن حجبت كالإخوة مع الأم (والقرى تحجب البعدي وارتة كانت أو محجوبة) أما إذا كانت وارتة فظاهر لأنها تأخذ القرىضة فلا يبقى للبعدي شيء ، وأما إذا كانت محجوبة ، وصورتها ترك أبا وأم أب وأم أم أم ، قيل الكل للأب لأنه حجب أمه وهي حجبت أم أم الأم لأنها أقرب منها ، وقيل لها السدس لأن أم الأب محجوبة فلا تحجبها ، وقد تقدم الوجه فهما .

فصل

(القول : هو زيادة السهام على القرىضة ، فتعول المسألة إلى سهام القرىضة . ويدخل النقصان عليهم بقدر حصصهم) لعدم ترجيح البعض على البعض كالديون والوصايا إذا ضاقت التركة عن إيفاء الكل يقسم عليهم على قدر حقوقهم ، ويدخل النقص على الكل كذا هذا ، ولأن الله تعالى لما جمع هذه السهام في مال لا يتسع للكل علمنا أن المراد إلحاق النقص بالكل عملا باطلاق الجميع فكان ثابتا مقتضى جمع هذه السهام ، والثابت يقتضي النقص كالثابت بالنقص ، وعلى ذلك إجماع الصحابة رضي الله عنهم ، إلا ابن عباس على ما نبهته إن شاء الله تعالى .

(واعلم أن أصول المسائل سبعة : اثنان وثلاثة وأربعة وستة وثمانية وأثنا عشر وأربعة وعشرون ، فأربعة منها لاتعول : الاثنان والثلاثة والأربعة والثمانية ، وثلاثة تعول : الستة

والاثنا عشر والأربعة والعشرون ، فالسنة تقول إلى عشرة وثراً وشفعاً ،
وأثنا عشر تقول إلى ثلاثة عشر وخمسة عشر وسبعة عشر ، وأربعة
وعشرون تقول إلى سبعة وعشرين لا غير .

والاثنا عشر والأربعة والعشرون ، فالسنة تقول إلى عشرة وثراً وشفعاً ، واثنا عشر تقول إلى
ثلاثة عشر وخمسة عشر وسبعة عشر ، وأربعة وعشرون تقول إلى سبعة وعشرين لا غير .
أمثلة التي لا تقول : زوج وأخت لأبوين ، للزوج النصف ، وللأخت النصف ، وكذلك
زوج وأخت لأب ، وتسمى اليتيمات لأنه لا يورث المال بفرقتين متساويتين إلا في هاتين
المسألتين بنت وعصبة نصف وما بقي ، أصلها من ثنتين . أخوان لأم وأخ لأبوين ثالث وما
بقي . اختان لأب وأم وأخ لأب . ثلثان وما بقي أصلها من ثلاثة . اختان لأبوين واختان لأم
ثلثان . ثلث . زوج وبنت وعصبة ربع ونصف وما بقي أصلها من أربعة . زوجة وبنت
وعصبة ثمن ونصف ، وما بقي أصلها من ثمانية . زوجة وابن ثمن وما بقي من ثمانية .

أمثلة العائلة : جدة وأخت لأم وأخت لأبوين وأخت لأب ، أصلها من ستة ونصف
منها جدة واختان لأم وأخت لأبوين وأخت لأب سدس وثلث ونصف وسدس ، أصلها
من ستة وتقول إلى سبعة . زوج وأم وأخوان لأم نصف وسدس وثلث من ستة ، وتسمى
مسألة الإلزام لأنها إلزام لابن عباس ، لأنه إن قال كما قلنا فقد حجب الأم . بأخوين وهو
خلاف مذهبه ، وإن جعل للأم الثلث وللأخوين السدس فقد أدخل النقص على أولاد
الأم وليس مذهبه ، وهو خلاف صريح الكتاب ، وإن جعل لهما الثلث فقد قال بالعدل .

زوج وأم وأخت لأبوين نصف وثلث ونصف ، أصلها من ستة وتقول إلى ثمانية ، وهي
أول مسألة عالت في الإسلام ، وقعت في صدر خلافة عمر رضي الله عنه فاستشار
الصحابه فيه ، فأشار العباس أن يقسم عليهم بقدر سهامهم فصاروا إلى ذلك ، وفي رواية
أنه قال : لأجد لكم فرضاً في كتاب الله ولا أدري من قدمه الله تعالى فأقدمه ، ولما من
أخذه فأنكره ، ولكني رأيت رأياً فإن كان صواباً فمن الله ، وإن كان خطأ فني ، أرى أن
أدخل النقص على الكل فقسم بالعدل ولم يخالفه أحد في ذلك إلى أن انتهى الأمر إلى عثمان ،
فأظهر ابن عباس الخلاف وقال : لو قدمنا من قدمه الله وأخروا من أخره الله ما عالت
فريضة قط ، فقيل له : من قدمه الله ومن أخره الله ؟ قال : الزوج والزوجة والأم والجدة
من قدمه الله ، وأما من أخره الله فالبنات وبنات الابن والأخوات لأب وأم ، والأخوات
لأب ، فتارة يفرض لبن وتارة يكن عصبة ويدخل النقص على هؤلاء الأربع ثم قال :
من شاء باهله إن شاء الله تعالى ، وفي رواية : إن الذي أحصى زمل عالج (١) لم يحفل

(١) عالج ، قال في مختار الصحاح : وعالج موضع بالبادية وفيه رمل .

في المال نصفاً ونصفاً وثلاثاً ، فقيل له : هلا ذكرت ذلك في زمن عمر؟ قال : كان مهيباً هيبته ، وفي رواية : منعتني حرته إذ لم يكن لي دليل قطعي ، وإنما امتنع لأنه اجتهد فلم يأمن أن يصير محجوجاً ، ولو كان دليل ظاهر لما سكنت ولما خالف عمر رضي الله عنه . وتسمى مسألة المباهلة : زوج وأم وأختان لأبوين ، أصلها من ستة وتعمل إلى ثمانية ، زوج وأم وثلاث أخوات متفرقات ، أصلها من ستة وتعمل إلى تسعة ، للزوج ثلاثة ، وللأم سهم ، وللأخت لأم سهم ، وللأخت لأبوين ثلاثة ، وللأخت لأب سهم السلس تكلة الثلثين . زوج وأم وأختان لأم وأختان لأبوين نصف وثلث وسدس وثلثان ، أصلها من ستة وتعمل إلى عشرة ، وتسمى أم الفروع لأنها أكثر المسائل عولاً فشبهت الأربعة الزوائد بالفروع ، وتسمى أيضاً الشريحة ، لأن شريحاً أول من قضى فيها . زوجة وأختان لأبوين وأخ لأب ، أصلها من اثني عشر وتصح منها . زوجة وجدة وأختان لأبوين ربع وسدس وثلثان ، أصلها من اثني عشر وتعمل إلى ثلاثة عشر . امرأة وأختان لأم وأختان لأبوين ربع وثلث وثلثان ، أصلها من اثني عشر وتعمل إلى خمسة عشر . امرأة وأم وأختان لأم وأختان لأبوين ربع وسدس وثلث وثلثان ، أصلها من اثني عشر وتعمل إلى سبعة عشر . ثلاث نسوة وجدتان وأربع أخوات لأم وثمانى أخوات لأبوين ، أصلها من اثني عشر وتعمل إلى سبعة عشر ، وتسمى أم الأراميل لأنه ليس فيها ذكر وهي من المعلياة ، يقال : رجل مات وترك سبعة عشر ديناراً وسبع عشرة امرأة أصاب كل امرأة ديناراً . امرأة وأبوان وابن ، أصلها من أربعة وعشرين وتصح منها . امرأة وأبوان وبنتان ثمن وسدسان وثلثان ، أصلها من أربعة وعشرين وتعمل إلى سبعة وعشرين ، وتسمى المنبرية لأن علياً رضي الله عنه سئل عنها وهو على المنبر فقال على الفور : صار ثمنها تسعاً ، ومراً على خطبته ، ولو كان مكان الأبوين جدٌ وجدة أو أبٌ وجدة فكذلك ، وكذا لو كان مكان البنين بنت وبنت ابن . زوجة وأم وأختان لأم وأختان لأبوين وابن كافر أو قاتل أو رقيق ، أصلها من اثني عشر وتعمل إلى سبعة عشر كما تقدم لأن المحروم وهو الابن لا يحجب . وعند ابن مسعود ينجب الابن الزوجة من الربع إلى الثلث ، أصلها من أربعة وعشرين وتعمل إلى أحد وثلثين للزوجة الثلث ثلاثة ، وللأم السدس أربعة ، ولأولاد الأم الثلث ثمانية ، وللأختين لأبوين الثلثان ستة عشر وتسمى ثلاثينية ابن مسعود .

واعلم أن الستة متى عالت إلى عشرة أو تسعة أو ثمانية فالبيت امرأة قطعاً ، وإن عالت إلى سبعة احتمال واحتمل ، ومتى عالت الاثني عشر إلى سبعة عشر فالبيت ذكر ، وإلى ثلاثة عشر وخمسة عشر احتمال الأمرين ، والأربعة والعشرون إذا عالت إلى سبعة وعشرين أو إلى أحد وثلثين عند ابن مسعود فالبيت ذكر .

والرد ضد العول ، بأن تزيد القرينة على السهام ولا عصبية هناك تستحقه
 فزيد على ذوى السهام بقدر سهامهم إلا على الزوجين ، ويقع الرد على
 جنس واحد وعلى جنسين وعلى ثلاثة ، ثم المسألة لا يخلو إما إن كان
 فيها من لا يرث عليه أو لم يكن ، فإن لم يكن فلما إن كان جنسا واحدا
 أو أكثر ، فإن كان جنسا واحدا فاجعل المسألة من عدد رؤوسهم ، وإن
 كان جنسين أو أكثر فبن سهامهم وأسقط الزائد .

فصل

(والرد ضد العول بأن تزيد القرينة على السهام ولا عصبية هناك تستحقه فزيد على
 ذوى السهام بقدر سهامهم إلا على الزوجين) وهو مذهب عمر وعلى وابن مسعود وابن
 عباس رضى الله عنهم . وعن عثمان أنه يرد عن الزوجين ، قالوا : وهذا وهم من الراوى ،
 فانه إنما صح عن عثمان رضى الله عنه أنه يرد على الزوج لا غير ، وتأويله أنه كان ابن
 عم فأعطاه الباقي بالعصبة . أما الزوجة فلم ينقل عن أحد الرد عليها . وقال زيد بن ثابت
 يوضع الفاضل فى بيت المال ، وبه قال مالك والشافعى . لنا قوله عليه الصلاة والسلام
 « من ترك مالا أو حقا فلورثته » الحديث ، ولأن القرابة صلة لاستحقاق الكل لأن الميت
 قد استغنى عن المال ، فلزم ينقل إلى أحد يلقى مائة ، والقريب أول الناس به فيستحقه
 بالقرابة صلة ، إلا أنها تقاعدت عن استحقاق الكل عند الاجتماع للمزاحة بالإجماع فبقيت
 مفيدة له عند الانفراد ، فوجب أن يستحق صاحب السهم بقدر سهمه حالة المزاحة ،
 والفاضل عن سهمه حالة الانفراد ، أما الزوجان فقاربتا قاصرة فلا يستحقان إلا سهمهما
 إظهارا لقصور مرتبتهما ، ولأن الزوجية تزول بالموت فينتفى السبب ، وقضيته عدم الإرث
 أصلا إلا أنا أعطيناها فرضهما بصريح الكتاب فلا يزداد عليه .

واعلم أن جميع من يرد عليه سبعة : الأم والجدلة والبنات وبنت الابن والأخوات من
 الأبوين والأخوات لأب وأولاد الأم (ويقع الرد على جنس واحد وعلى جنسين وعلى
 ثلاثة ولا يكون أكثر من ذلك ، والسهام المردود عليها أربعة : الاثنان والثلاثة والأربعة
 والخمسة) ثم المسألة لا يخلو إما إن كان فيها من لا يرث عليه أولم يكن ، فان لم يكن فلما
 إن كان جنسا واحدا أو أكثر ، فإن كان جنسا واحدا فاجعل المسألة من عدد رؤوسهم ،
 وإن كان جنسين أو أكثر فبن سهامهم وأسقط الزائد .

أمثلة ذلك : جدة وأخت لأم ، للجدلة السلس ، وللأخت السلس ، والباقي رد
 عليهما بقدر سهامهما ، فاجعل المسألة من عديدهم وهو اثنان لاستوائهما فى القرض ، أصل

المسألة من ستة عادت بالرد إلى اثنين ، جلة وأختان لأم ، للجدلة السلس وللأختين الثالث ، فاجعل المسألة من ثلاث وهو عدد رؤوسهم : بنت وأم ، للبنت النصف ثلاثة ، ولأأم السلس مهم ، اجعلها من أربعة عدد سهامهم . أربع بنات وأم ، للبنات الثلثان ، ولأأم السلس ، اجعل المسألة من خمسة عدد سهامهم ، وإن كان في المسألة من لا يرد عليه وهو الزوج والزوجة ، فإن كان جنسا واحدا فأعط فرض من لا يرد عليه من أقل خارجا ، ثم اقسم الباقي عن عدد من يرد عليه إن استقام ، كزوج وثلاث بنات ، أعط الزوج فرضه الربع من أربعة ، والباقي للبنات وهن ثلاثة يصح عليهن ؛ وإن لم يستقيم عليهم ، فإن كان بين رؤوسهم وما بقي من فرض من لا يرد عليه موافقة ، فاضرب وفق رؤوسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه كزوج وست بنات ، للزوج الربع ، يبقى ثلاثة لا يستقيم على البنات وبينهم وبين الباقي موافقة بالثلث ، فاضرب وفق رؤوسهم وهو اثنان في مخرج فرض من لا يرد عليه وهو أربعة تكون ثمانية ، للزوج الربع سهمان يبقى ستة تصح على البنات ؛ وإن لم يكن بينهما موافقة كزوج وخمس بنات ، فاضرب كل رؤوسهم وهي خمسة في مخرج فرض من لا يرد عليه وهو أربعة . يكن عشرين منها تصح ؛ وإن كان من لا يرد عليه مع جنسين أو ثلاثة ممن يرد عليهم ، فأعط فرض من لا يرد عليه ثم اقسم الباقي على مسألة من لا يرد عليه إن استقام ، وإلا فاضرب جميع مسألة من يرد عليه في مخرج فرض من لا يرد عليه فما بلغ صحت منه المسألة ، ثم اضرب سهام من لا يرد عليه في مسألة من يرد عليه ، وسهام من يرد فيها بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه . مثال الأول : زوجة وأربع جدات وست أخوات لأم ، للزوجة الربع سهم ، يبقى ثلاثة وسهام من يرد عليه ثلاثة فقد استقام على سهامهم : ومثال الثاني : أربع زوجات وتسع بنات وست جدات ، للزوجات الثمن سهم ، تبقى سبعة وسهام الرد خمسة لا يستقيم عليها ولا موافقة ، فاضرب سهام الرد وهي خمسة في مخرج فرض من لا يرد عليه وهي ثمانية تكن أربعين منها تصح ، ثم اضرب سهام من لا يرد عليه وهو واحد في مسألة من يرد عليه وهو خمسة يكن خمسة ، وسهام من يرد عليه وهي خمسة فيما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه وهو سبعة يكن خمسة وثلاثين ، للبنات أربعة أخماس ثمانية وعشرون ، وللجدات الخمس سبعة . مثال آخر : زوجة وبنت وبنت ابن وجدة ، للزوجة الثمن ، يبقى سبعة . وسهام الرد خمسة لا يستقيم ولا موافقة ، فاضرب سهام من يرد عليه وهي خمسة في مخرج مسألة من لا يرد عليه وهو ثمانية يكن أربعين منها تصح ، وإذا أردت التصحيح على الرؤوس فاعمل بالطريق المذكور ، والله أعلم .

فصل: في مقاسمة الجدة الإخوة

قال أكثر الصحابة رضي الله عنهم منهم أبو بكر وابن عباس وأبي بن كعب وعائشة :
 الجدة بمنزلة الأب عند علمه يرث معه من يرث مع الأب ويسقط به من يسقط بالأب ،
 وهو قول أبي حنيفة ، فجعل الجدة أب الأب بمنزلة الأب إلا في مسألتين : زوج وأبوان ،
 أو زوجة وأبوان على ما تقدم ، وروى عنه الحسن بن زياد أنه بمنزلة الأب فيهما أيضا .
 وعن الصديق أيضا روايتان في هاتين المسألتين . وقال علي وابن مسعود وزيد بن ثابت
 رضي الله عنهم : الجدة لا يسقط بنى الأعيان والمالات ويرثون معه . واختلفوا في كيفية
 تورثهم معه ، وكتابنا هذا يضيئ عن استيعاب أقوالهم وما يفرع منها ، لكن نذكر مذهب
 زيد بن ثابت لحاجتنا إلى معرفة قول أبي يوسف ومحمد فإنهما أخذوا بقوله . وعن ابن
 عباس أنه لما سمع قول زيد قال : ألا يتنق الله زيد ؟ يجعل ابن الابن ابنا ، ولا يجعل أب
 الأب أبا ؟ والمختار قول أبي بكر رضي الله عنه لأنه أبعد عن الرد والتوقف ولم تعارض
 عنه الروايات وتعاضت عن غيره . قال علي رضي الله عنه : من أحب أن يتضمم جرائم
 جهنم فليقتض في الجدة والإخوة . وروى عبيد السلماني عن عمر رضي الله عنه أنه قضى
 في الجدة بمائة قضية يخالف بعضها بعضا . وعنه أنه جمع الصحابة رضي الله عنهم في بيت
 وقال لهم : لا بد أن تنفقوا على شيء واحد في الجدة ، فقام رجل فقال : أشهد أن رسول
 الله صلى الله عليه وسلم قضى للجدة بالسلم ، فقال مع من ؟ فقال : لأدري ، فقال :
 لأدري ، فقام آخر فقال كذلك ، ورد عليه كذلك ، فسقطت حية من السقف فضرقوا
 قبل أن يجمعوا على شيء ، فقال عمر رضي الله عنه : أبي الله تعالى أن يرتفع هذا الخلاف .
 وعن علي رضي الله عنه أنه كان يقول : ألتوا علينا مسائل الفرائض وأتركوا الجدة ،
 لأحياء الله ولا يباه . وعن ابن المسيب مثله .

واعلم أن الجدة الصحيح الوارث لا يكون إلا واحدا لأنه لا يكون إلا من جهة الأب ،
 والأقرب يسقط الأبعد . قال زيد بن ثابت رضي الله عنه : إذا اجتمع الجدة والإخوة
 كان الجدة كأحدكم يقاسمهم مالم تنقصه المقاسمة من الثلث ، فإن نقصته فرض له الثلث
 والباقي بين الإخوة لذلك مثل حظ الأنثيين .

مثاله : جد وأخ المال بينهما نصفان لأن المقاسمة خير له . جد وأخوان المال بينهما
 أثلاثا لأن المقاسمة والثلث سواء . جد وثلاثة إخوة يفرض له الثلث والباقي بين الإخوة
 لأن المقاسمة تنقصه من الثلث فإن كان معهم صاحب فرض يعلى فرضه ثم ينظر في الباقي .

للجد ثلاثة أحوال : المقاسمة أو ثلث ما بقى أو سلس جميع المال فيعطى ما هو خير له منها والباقي بين الإخوة للذكر مثل حظ الأنثيين .

مثاله : زوج وجد وأخ للزوج النصف والباقي بين الجد والأخ لأن القسمة خير له ، وكذلك مع الزوجة . جدة وجد وأخوان وأخت ، للجدة السدس ، وللجد ثلث ما بقى لأنه خير له . جدة وبنت وجد وأخوان ، للجدة السدس ، وللبنت النصف ، وللجد السدس لأنه خير له . زوج وأم وجد وأخ ، للزوج النصف ، وللأم الثلث ، والباقي وهو السدس للجد ويسقط الأخ ، وبنو العلات مع الجد كبنى الأعيان ، فإن اجتمعوا مع الجد ، قال زيد بن ثابت رضى الله عنه : يعدون معهم على الجد ليظهر نصيبه وتسمى فصل المعادة ، فإذا أخذ الجد نصيبه يرد بنو العلات ما وقع لهم إلى بنى الأعيان ويخرجون بغير شيء إلا إذا كان من بنى الأعيان أخت واحدة فتأخذ النصف بعد نصيب الجد ، فإن بقى شيء أخذه بنو العلات .

مثاله : جد وأخ لأب وأم وأخ لأب ، المال بينهم أثلاثا ، ثم يرد الأخ لأب على الأخ لأبوين نصيبه فيبقى للأخ من الأبوين الثلثان ، ولو كان معهم زوجة فلها الربع والباقي بينهم أثلاثا ، ويرد الأخ لأب ما وقع له إلى الأخ لأبوين ، ولو كان مكان الزوجة زوج فله النصف والباقي بينهم أثلاثا على الوجه الذى تقدم . جد وأخت لأبوين وأخت لأب ، للجد النصف ، وللأختين النصف وتأخذه الأخت لأبوين ، ولو كانت أختين لأب والمسألة يحالها فللجد الخمسان ، وللأخت لأبوين الخمس ، وللأختين لأب الخمسان ثم يردان على الأخت لأبوين تمة النصف خمس ونصف ويبقى لهما نصف خمس . أصل المسألة من خمسة تضرب فى اثنين لحاجتنا إلى النصف تصير عشرة ، للجد أربعة ، وللأخت لأبوين سهمان ، وللأختين لأب أربعة ، ثم يردان إلى الأخت لأبوين ثلثة تكمله النصف ويبقى لهما سهم لا يستقيم عليهما ، فاضرب اثنين فى عشرة تكن عشرين منها تصح . جد وأخت لأبوين وأخ لأب المال بينهم أخماسا ، ويرد الأخ على الأخت إلى تمام النصف يبقى معه نصف سهم وهو العشر ، ولو كان معه أخت ، فللجد سلسان ، وللأخت من الأبوين السلس ، وللأخ وأخته ثلثة فيردان عليهما تمة النصف يبقى منهما سلس . جد وأختان لأبوين وأختان لأب ، للجد الثلث ولكل فريق الثلث ، ثم يرد أولاد الأب ثلثهم على أولاد الأبوين . أم وجد وأخت لأبوين وأخوان وأخت لأب ، أصلها من ستة للأب سهم وثلث الباقي خير للجد ، وليس للباقي ثلث صحيح ، فاضرب ثلاثة فى ستة تكن ثمانية عشر للأب ثلاثة ، وللجد خمسة ، وللأخت من الأبوين النصف تسعة ، يبقى سهم واحد لأولاد الأب

وهم خمسة ، فاضرب خمسة في ثمانية عشر تكن تسعين منها تصح وتسمى تسعينية زيد .
 أم وجد وأخت لأبوين وأخ وأخت لأب ، أصلها من ستة ، للأم سهم يبق خمسة لاستقيم
 على ستة ، فاضرب ستة في ستة تكن ستة وثلاثين ، للأم السدس ستة ، وللجد ثلث ما بقى
 عشرة ، وللأخت من الأبوين نصف الجميع وهو ثمانية عشر ، بقى لأولاد الأب سهمان
 وهم ثلاثة ، فاضرب ثلاثة في ستة وثلاثين يكن مائة وثمانية منها تصح ، إلا أن بين السهام
 موافقة بالأنصاف فترجع إلى أربعة وخمسين . ووجهه أن المقاسمة وثلث ما بقى واحد في حق
 الجد فاعط الأم نصيبها من ثمانية عشر ثلاثة والجد ثلث ما بقى خمسة ، والأخت من
 الأبوين نصف الجميع تسعة ، يبق سهم لا يستقيم على أولاد الأب ، فاضرب ثلاثة في
 ثمانية عشر تكن أربعة وخمسين منها تصح وتسمى مختصرة زيد ، فحصل من أصل زيد أنه
 يقول بالمقاسمة ما لم ينقصه من الثلث ، ومع صاحب الفرض ينظر له أصلح الأحوال
 الثلاثة ، وبعد ولد الأب على الجد إضراراً به ، ولا يفرض للأخوات المنفردات مع الجد
 ويعملهن عصبية ، ولا يقول بالعول بناء على أنهن عصبية ، وقد خالف هذا الأصل
 في المسألة الأكثرية ، وهى زوج وأم وجد وأخت لأب أو لأبوين ، للزوج النصف ،
 وللأم الثلث ، وللجد السدس ، وللأخت النصف ، ثم يقسم الجد نصيبه إلى نصيب الأخت
 فيقتسمان الذكر مثل حظ الأنثيين ، أصلها من ستة تعول إلى تسعة ، للزوج ثلاثة ، وللأم
 سهمان ، وللأخت ثلاثة ، وللجد سهم ، وما بقى يد الجد والأخت أربعة لاستقيم على
 ثلاثة ، فاضرب ثلاثة في تسعة يكن سبعة وعشرين منها تصح ، ولو كان مكان الأخت
 أخ فلا عول ولا أكثرية ، لأنه يكون للزوج النصف ، وللأم الثلث ، وللجد السدس ،
 ويسقط الأخ ، وكذا لو كان مع الأخ أخت لأنها نصير عصبية بأخيها . سميت أكثرية لأنها
 واقعة امرأة من بنى أكثر ، أو لأنها كثرت على زيد مذهبه من ثلاثة أوجه : أحال بالجد ،
 وفرض للأخت ، وجمع سهام الفرض وقسمها على التخصيب ، وإنما فرض لها ولم يعملها
 عصبية لأنه لم يبق لها شيء ، ولا وجه إلى القسمة لأنه ينقص نصيب الجد من السدس
 فصار إلى ما ذكرنا ضرورة .

فصل الجندات

وقد سبق ذكر الجدة الصحيحة من القاسدة وميراثها عند الانفراد والاجتماع وأحكام
 الحجب بين الجندات ، وهذا الفصل ليان مراتب الجندات ومعرفتها .
 اعلم أن الجندات على مراتب : الأولى جدتا الميت وهما أم أمه وأم أبيه وهما وارثتان .
 الثانية أربع جدات : جدتا أبيه ، وجدتا أمه ، وجدتا أم أبيه ، وأم أم أبيه ، وجدتا

أمه ، أم أم أمه ، وأم أم أمه ، والكل وارثات إلا الأخيرة لأنها فاسدة فانه دخل في نسبها
 أب بين أمين . الثالثة ثمان جدات ، جدتا أبيه وهما : أم أم أبيه ، وأم أم أبيه ، وأم أم أبيه
 وهي ساقطة ، وجدتا أم أبيه وهما : أم أم أبيه وهي وارثة ، وأم أم أبيه وهي
 ساقطة ، وجدتا أم أمه وهما : أم أم أبيه ، وأم أم أبيه وهما ساقطتان ، وجدتا
 أم أمه وهما : أم أم أم أمه وهي وارثة ، وأم أم أبيه وهي ساقطة ، فإن كان لكل
 واحدة منهن جدتان يصرن ستة عشر وهي المرتبة الرابعة ، وإن كان لكل واحدة من
 الستة عشر جدتان يصرن اثنين وثلاثين وهكذا إلى ما لا ينتهي ، والجدات الثابتات على
 ضربين متحاذيات متساويات في الدرجة . ومتفاوتات وطريق معرفة المتحاذيات الوارثات
 أن يلفظ بعددهن أمهات ثم تبدل الأم الأخيرة أبا في كل مرة إلى أن لا تبقى إلا أم واحدة ،
 وتصور ذلك في خمس جدات متحاذيات وقس عليه فنقول :

ميت

أم أم أم أم أم	أم أم أم أم أم	أم أم أم أم أم	أم أم أم أم أم	أم أم أم أم أم
أب أم أم أم أم	أب أم أم أم أم	أب أم أم أم أم	أب أم أم أم أم	أب أم أم أم أم
أب أم أم أم أم	أب أم أم أم أم	أب أم أم أم أم	أب أم أم أم أم	أب أم أم أم أم
أب أم أم أم أم	أب أم أم أم أم	أب أم أم أم أم	أب أم أم أم أم	أب أم أم أم أم
أب أم أم أم أم	أب أم أم أم أم	أب أم أم أم أم	أب أم أم أم أم	أب أم أم أم أم

المستول منه فابني فهي ساقطة .

مثاله : سئلت عن أربع جدات خلفها يمينك ثم انقص منه اثنين وخلفها يسارك ، ثم
 ضعف مافي يسارك بعدد مافي يمينك يكن ثمانية ، اطرح منه عدد المستول وهو أربعة
 تبقى أربعة فهي ساقطة ، ولو سئلت عن ثلاثة خلفها يمينك ثم انقص منه اثنين وخلفها
 يسارك ثم ضعف مافي يسارك بعدد مافي يمينك يكن أربعة اطرح منه عدد المستول عنه
 وهو ثلاثة بقي واحدة ساقطة .

واعلم أنه لا يتصور الجدة الواحدة من قبل الأم إلا واحدة ، لأن الصحيحات منهن أن
 لا يدخلن بين أمين أب فكانت الواحدة أم الأم وإن علت . والقرني تحجب البعدى فلا ترث
 إلا جدة واحدة كما ذكرنا في الجدة .

وأما الأبويات فيتصور أن يرث الكثير منهن على ما صورت لك ، ولا يرث مع الأب
 إلا جدة واحدة من قبل الأم ، لأن الأبويات يحجب به ، ولا يرث مع الجد إلا جدتان :
 إحداها من قبل الأم والثانية أم الأب ، ولا يرث مع أب الجد إلا ثلاث : إحداها من

وَذَوُو الْأَرْحَامِ : كُلُّ قَرِيبٍ لَيْسَ يَدِي سَهْمٍ وَلَا عَصْبَةٍ ، وَهُمْ كَالْعَصَبَاتِ مِنْ انْفِرَادٍ مِثْلَهُمْ أَخَذَ بِمِجْمَعِ الْمَالِ ، وَالْأَقْرَبُ يُجَنَّبُ الْأَيْعَدَ ، وَهُمْ أَوْلَادُ الْبَنَاتِ ، وَأَوْلَادُ بَنَاتِ الْإِبْنِ ، وَالْجَدُّ الْقَاسِدُ ، وَالْجَدَّاتُ الْقَاسِدَاتُ ، وَأَوْلَادُ الْأَخَوَاتِ كُلِّهِنَّ ، وَبَنَاتُ الْإِخْوَةِ كُلِّهِمْ ، وَأَوْلَادُ الْإِخْوَةِ لِأُمِّ ،

قبل الأم ، والثانية أم أم الأب ، والثالثة أم أب الأب ، وعلى هذا كلما زاد في درجة الأجداد زاد في درجة الجدات وارثة .

فصل في ذوى الأرحام

قال عامة الصحابة رضى الله عنهم بتوريث ذوى الأرحام وهو مذهبتنا . وقال زيد بن ثابت : لا ميراث لهم ويوضع في بيت المال ، وبه قال مالك والشافعي . لنا قوله تعالى - وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض - أى أولى بميراث بعض بالنقل . وقال عليه الصلاة والسلام « انحال وارث من لا وارث له » . وروى « أن ثابت بن الدحداح مات ، فقال رسول الله عليه الصلاة والسلام لعاصم بن عدى : هل تعرفون له فيكم نسباً ؟ فقال : إنما كان آتياً فينا : أى غريباً ، فجعل ميراثه لابن أخته أبى لباية بن عبد المنذر ، ولأن أصل القرابة سبب لاستحقاق الإرث على ما بيناه ، إلا أن هذه القرابة أبعد من سائر القرابات فتأخرت عنها ، والمال متى كان له مستحق لا يجوز صرفه إلى بيت المال ، ولأن سائر المسلمين يدلون إليه بالإسلام ، وهؤلاء يدلون به وبالقرابة ، والمثل يجهتين أولى كبنى الأعيان مع بنات العلات (وذو الأرحام كل قريب ليس يذى سهم ولا عصبه ، وهم كالعصبات من انفرد منهم أخذ جميع المال) لأنهم يدلون بالقرابة وليس لهم سهم مقدّر . فكانوا كالعصبات (والأقرب يحجب الأبعد) كالعصبات حتى من هو أقرب إلى البيت من أى صنف كان فهو أولى .

مثاله : بنت بنت وأب أم فهو أولى لأنه أقرب . أب أب أم وعم أو خالة فهي أولى لأنها أقرب . وذكر رضى الدين النيسابورى في فرائضه أنه لا يرث أحد من الصنف الثانى وإن قرب وهناك واحد من الصنف الأول وإن بعد ، وكذا الثالث مع الثانى والرابع مع الثالث ، قال : وهو المختار للفتوى ، والمعمول عليه من جهة مشايخنا تقديم الصنف الأول مطلقاً ثم الثانى ثم الثالث ثم الرابع . قال : وهكذا ذكره الأستاذ الصدر الكوفى في فرائضه ، فعلى هذا بنت البنت وإن سفلت أولى من أب الأم ، وهم أربعة أصناف : صنف ينتمى إلى الميت (وهم أولاد البنات ، وأولاد بنات الابن) وصنف ينتمى للميت (و) هم (الجد القاسد ، والجدات القاسدات) وصنف ينتمى إلى أبوى الميت (و) هم (أولاد الأخوات كلهن ، وبنات الإخوة كلهم ، وأولاد الإخوة لأم) وصنف

وَالْأَخْوَالُ وَالْخَالَاتُ وَالْأَعْمَامُ لِأُمِّ ، وَالْعَمَّاتُ وَبَنَاتُ الْأَعْمَامِ كُلُّهُنَّ وَأَوْلَادُ هَؤُلَاءِ وَمَنْ يَدُلُّ بِهِمْ ، وَأَوْلَاهُمْ الصَّنْفُ الْأَوَّلُ ثُمَّ الصَّنْفُ الثَّانِي (سم) .

ينتمى إلى جدى الميت (و) هم (الأخوال والخالات والأعمام لأم ، والعَمَّات وبَنَات الأعمام كلهم وأولاد هَؤُلَاءِ وَمَنْ يَدُلُّ بِهِمْ ، وأولاهم الصنف الأول) لأن قرابة الولاد أقرب من غيرهم كما في الأصول (ثم الصنف الثاني) وقالوا : الصنف الثالث أولى من الثاني لأنهم أولاد عصبه أو ذى سهم ، والأصل في ذوى الأرحام إذا استوتوا في الدرجة أن يقدم ولد وارث . ولأن حنيفة رحمه الله أن الصنف الثاني له زيادة اتصال باعتبار الجزية لأنهم أصوله ، وزيادة القرب أولى مما ذكر ، لأن علة الاستحقاق القرب ، والعلة ترجع بالزيادة من جنسها .

الصنف الأول : أقربهم إلى الميت أولى كَبْنَتْ بنت وبنت بنت بنت ، المال الأولى لأنها أقرب ، وإن استوتوا في القرب فن كان له ولد وارث أولى ، لأن له زيادة في القرب باعتبار أصله كَبْنَتْ بنت بنت وبنت بنت ابن ، المال للثانية لأنها ولد صاحب سهم . بنت بنت أخ وبنت ابن أخ ، المال للثانية لأنها ولد عصبه وارث ، فإن كان أحدهما يدلى بوارث لابن نفسه بل بواسطة فهما سواء .

مثاله : بنت بنت بنت بنت وبنت بنت بنت ابن ، هما سواء لأن كل واحد يدلى إلى الميت بواسطة ، والعلة هي القرب فلا يرجح بالإدلاء ، وإن كان أحدهم أقرب والآخر أبعد ولكنه يدلى بوارث فالأقرب أولى ، لأن العلة هي القرابة فتترجح بزيادة القرب كالمصبات إذا استوتوا يطلب الترجيح بزيادة القرب كلها هنا .

مثاله : بنت بنت بنت وبنت بنت بنت ابن ، المال للأولى لأنها أقرب ، وكذلك خالة وبنت عم ، الخالة أولى ، وإن استوتوا في القرب والإدلاء ، فإن اتفقت الآباء والأمهات فالمال بينهما على السواء إن كانوا ذكورا أو إناثا ، وإن كانوا غنطين فللذكر مثل حظ الأنثيين .

مثاله : بنت بنت ابن وبنت بنت ابن ، المال بينهما على السواء ، وكذلك ابن بنت بنت وابن بنت بنت . بنت بنت بنت وابن بنت بنت ، المال بينهما أثلاثا . وإن اختلفت الأمهات والآباء فعند أبي يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة العبرة لأبائهم للأصولهم . وعند محمد وهو أشهر الروايتين عن أبي حنيفة العبرة لأصولهم فيقسم المال على أصولهم ويعتبر الأصل الواحد متعددا بتعدد أولاده ، ثم يعطى لكل فرع ميراث أصله ، ويجعل كل أنثى تدلى إلى الميت بذكر ذكرا ، وكل ذكر يدلى إلى الميت بأنثى أنثى ، سواء كان إدلاؤهما بأب واحد أو بأكثر ، أو بأم واحدة أو بأكثر ، ثم يقسم سهام كل فريق بينهم بالسوية إن اتفقت

شاذاً عن أبي يوسف أنه يقسم للذكر مثل حظ الأنثيين . وإن كانوا من الأنواع وتساوا
 ن الدرجة فالمثل يورث أولى ، ثم عند أبي يوسف من كان منهم لأب وأم أولى ثم لأب
 ثم لأم ، وعند محمد يقسم المال على أصولهم وينقل نصيب كل أصل إلى فروعه .
 مثاله : ثلاث بنات أخوات مفرقات ، عند أبي يوسف المال كله لبنت الأخت
 لأبوين ، وعند محمد لها ثلاثة أخماس ، ولبنت الأخت من الأب خمس ، ولبنت الأخت
 لأم خمس باعتبار الأصول فرضاً ورداً . ثلاث بنات إخوة مفرقين ، عند أبي يوسف
 كل المال لبنت الأخ من الأبوين ، وعند محمد لبنت الأخ من الأم للسدس ، والباقي
 لبنت الأخ من الأبوين : بنت أخت لأب وبنت أخت لأم ، المال للأولى عند أبي يوسف
 لأنها أقوى ، وعند محمد لها ثلاثة أرباع ، وللأخرى الربع فرضاً ورداً اعتباراً بالأصول .
 ابنا أخت لأبوين وبنت أخت لأم ، عند أبي يوسف المال للابنين ، وعند محمد ابنا أخت
 كأختين ، فيقسم المال بينهم على خمسة ، وأولاد هؤلاء كأصولهم المثل يورث أولى
 إذا استروا .

مثاله : ابن ابن أخ لأم ، وابن بنت أخ لأبوين ، وبنت ابن أخ لأب ، المال للبنت
 لأنها تدعى يورث .

الصنف الرابع : أقربهم إلى الميت أولاهم ، فعمة الأب أولى من عمة إجد ، وإن استوزوا
 فن كان لأب وأم أولى ، ثم من كان لأب . ثم من كان لأم ، فالعمة لأبوين أولى من
 العمة لأب ومن العمة لأم ، والعمة لأب أولى من العم والعمة لأم ، والخالات والأخوال
 على هذا الترتيب . وإن تساوا في القرابة وهم من جنس واحد فالمال بينهم للذكر مثل حظ
 الأنثيين . وإن اجتمع الجنسان العمومة والخثولة ، فالثلثان للأنثى العمومة والثلث للأنثى
 الخثولة كيف كانوا في العمد والذكورة والأنوثة .

مثاله : عمة وعشرة أخوال ، للعمة الثلثان ، وللأخوال الثلث . عمة وخال أو خالة ،
 للعمة الثلثان وللخال الثلث ، والقياس أن لا يكون للخال والخاله شيء ، لأن قرابة الأب
 أقوى كما لا شيء للعمة لأم مع العمة لأب ، إلا أنا تركنا القياس بإجماع الصحابة ، فانهم
 قالوا : للعمة الثلثان وللخال الثلث ، ولأن العمة لما كانت من جهة الأب فهي كالأب
 والخال كالأم ، فصار كأنه ترك أبا وأما فيقسم بينهما أثلاثاً كذا هذا ، بخلاف ما ذكر لأن
 العمات كلهن من جهة الأب ، والعمة لأب أقوى من العمة لأم فلا ترث معها كالأعمام ،
 وفوقايتين من أحد الجنسين لا يجب ذ القرابة الواحدة من الجنس الآخر ، لأن الصحابة
 رضى الله عنهم جعلوا الميراث بين النجاة والعمة أثلاثاً مطلقاً فيجوز الإجماع على الإطلاق .

مثاله : عمة لأبوين وخالة لأب ، الثلثان للعمة ، والثلث للخاله . وروى ابن مسعدة عن أبي يوسف المال كله للعمة . خالة لأبوين وعمة لأب كذلك . وعن أبي يوسف المال كله للخاله ، وإذا اجتمع الجفنان من جهة الأب والجفنان من جهة الأم فالثلثان لقربى الأب ، والثلث لقربى الأم ، ثم ما أصاب قرابة الأب ثلثاء لقرابة أبيه ، وثلثه لقرابة أمه ، وما أصاب قرابة الأم كذلك .

مثاله : عمة الأب وخالته وعمة الأم وخالتها ، الثلثان للعتين بينهما أثلثا ، والثلث للخالتين بينهما أثلثا وقد انكسر بالأثلث فاضرب ثلاثة في ثلاثة تكن تسعة منها تصبغ . وأولاد هذه الأصناف حكم آبائهم في جميع ما ذكرنا عند عدم آبائهم ، والله الموفق

فصل : في الولاء

وهو نوعان : ولاء عتاقة وولاء موالاة ، وقد ذكرنا صورتها وأحكامهما في كتاب الولاء ، ونذكر في هذا الفصل ما يتعلق بالإرث ، فنبدأ بولاء العتاقة فنقول :

إذا مات الممتق ولا عتبة له من جهة النسب فالمولى الممتق عصبته ، لقوله عليه الصلاة والسلام « الولاء لمن أعتق » وقال عليه الصلاة والسلام « الولاء لحمه كلحمه النسب » ومات ممتق لابنة حمزة رضي الله عنهما عنها وعن بنت ، فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم المال بينهما نصفين . وأعتق رجلا عبدا له عند رسول الله عليه الصلاة والسلام ، فقال عليه الصلاة والسلام « إن شكرك (١) فهو خير له وشر لك ، وإن كفرك فهو شر له وخير لك ، وإن مات ولم يدع وارثا كنت أنت عصبته » ولا يرث الأسفل من الأعلى لأنه لا قرابة بينهما وإنما ألحق الولاء بالنسب في حق الأعلى حيث أنعم على عبده بالإعتاق وتسبب إلى حياته معنى ، فيجوز باستحقاق الإرث صلة له وكرامة ، وهذا المعنى معلوم من العبد فلا يقاس عليه ، فلم مات الممتق عن صاحب فرض ، والمعتق أخذ صاحب الفرض فرضه والباقي للمعتق لأنه عصبته لما روينا ، والولاء يورث به ولا يورث ، قال عليه الصلاة والسلام « الولاء لحمه كلحمه النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث » ويستحق بالعضوية ، وإليه الإشارة بقوله عليه الصلاة والسلام « كنت أنت عصبته » وليس للنساء من الولاء شيء

(١) قوله « إن شكرك الخ » : أى إن جازاك على إحسانك له « فهو خير له » ، لأنه أدى الشكر على النعمة « وشر لك » لأنه يصل لك بغض الثواب في الدنيا فينتقص في ثوابك في الآخرة « وإن كفرك » أى جحد نعمتك « فهو خير لك » لأنك تجد كل الثواب في الآخرة وشر له لأن كفر النعمة ملموم شرعا اهـ .

بالإرث لقوله عليه الصلاة والسلام « ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتن أو أعتن من أعتن أو كاتبين أو كاتب من كاتبين » وهو لأقرب عصبة المقت ، فلو مات عن ابن المقت وأبيه فالولاء كله للابن ؛ وقال أبو يوسف : للأب السدس والباقي للابن ، لأن الأب يكون عصبة حتى يحرز جميع المال لو انفرد . ولهما أنه صاحب فرض مع الابن فصار كالزوج . فلا يزاحم الابن العصبة ؛ ولو مات عن جد مولاه وأخيه فالكل للجد ، وقالوا : بينهما نصفان وقد عرف ؛ وعن عدة من الصحابة رضى الله عنهم أنهم قالوا : الولاء للكبير (١) . أى لأقرب إلى الميت نسباً ، وهذا لا يعرف إلا سماعاً فصار كالمرثي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . وصورته : إذا مات المقت عن ابنتين ، ثم مات أحدهما عن ابن ، ثم مات المقت فولاه لابن مولاه دون ابن ابنته لما روينا ولأنه أقرب نسباً وعصبة ؛ ولو مات الابنات وترك أحدهما ابناً والآخر ابنتين فالولاء على عدد رعوهم لاستوائهم في العصبة والقرب ، ولأن الجد لو مات قسمت تركته على حفدته كذلك ، فكذلك ما ورثه بسببه ، وأما مولى الموالاة فإن الأعلى يرث الأسفل ويقبل عنه إذا جنى مقابلة للغم بالغرم ، وهو مؤخر عن ذوى الأرحام لأن ذوى الأرحام يرثون بالقرابة وهي أقوى وأكد من الولاء لأنها لا تقبل النقض والولاء يقبله ، بخلاف الزوجين حيث يرث معهما لأنهما بعد الموت كالأجناب ، ولهذا لا يرث عليهما ، فإذا أخذا حقهما صار الباقي خالياً عن الوارث فيكون لمولى الموالاة . ولو اتفقا في عقد الموالاة على أن يرث كل واحد من الآخر صنع ، وورث كل واحد منهما الآخر إذا لم يكن عصبة ولا ذؤوسهم ولا ذؤورحم ، والفرق بين ولأه العتاقة وولأه الموالاة أن السبب في ولأه العتاقة المقت الذى هو إحياء معنى جلى ما بينا ، وأنه من الأعلى خاصة ، والسبب في ولأه الموالاة العقد والشرط ، فثبت على الوصف الذى عقدا وشرطا . والأصل في الإرث بولأه الموالاة قوله تعالى - والذين عاهدت إيمانكم فأتوهم نصيبهم - وكان في ابتداء الإسلام يتوازون بالعقد والحلف دون القسب والرحم حتى نزل قوله تعالى - وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض - فنسخ تقديمه وصار مؤخر عن ذوى الأرحام وهو مروى عن عمر وعثمان وعلي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وجماعة من التابعين رضوان الله عليهم أجمعين ، على أنا نقول بموجب الآية فلا نورثه مع وجود

(١) الكبير ، قال في مختار الصحاح : وقولهم هو كبير قومه بالغم : أى أقدمهم في النسب ، وفي الحديث « الولاء للكبير » وهو أن يموت الرجل ويترك ابناً وابن ابن فيكون الولاء للابن دون ابن الابن له .

الفرق والحمد متى إذا لم يعلم أنهم مات أولًا ، قال كل واحد للأحياء
مين ورثته .

فوى الأرحام ، وإنما نورثه عند علمهم فلا تكون الآية ناسخة وهو مذهب أصحابنا ،
ولأنه جعل ماله له ببقده ، ولا تعلق للوارث به فصار كالوصية بجميع المال ولا وارت
له ، أو كان لكنه أجاز الوصية فانه يجوز كذا هذا ، فصار مستحقا للمال فلا يوضع في بيت
المال ، لأنه إنما يوضع في بيت المال عند علم المستحق لأنه مستحق " وسئل عليه الصلاة
والسلام عن رجل أسلم على يد رجل وأولاه فقال : هو أحقر الناس به بحياه وماتته
يشير إلى العقل والإرث في هاتين الحالتين .

فصل

(الفرق والمضى إذا لم يعلم أنهم مات أولًا ، قال كل واحد للأحياء من ورثته) وهكذا
الحكم في كل جماعة ماتوا ولا يدري أيهم مات أولًا كالقتلى والحرق ونحوهم ، وهو قول
عامة الصحابة والعلماء . وعن علي وابن مسعود أنه يرث بعضهم بعضا إلا ما ورث من
صاحبه وهو قول أبي حنيفة أولا .

مثاله : أخوان غرقا ولكل واحد سبعون دينارًا وخلف بنتا وأما وعم ، فعند عامة العلماء
تقسم تركته كل واحد بين الأحياء من ورثته البنت والأم والعم على ستة ، ولا يرث أحدهما
من الآخر . وعلى قول علي وابن مسعود يقسم التسعون للبنت النصف خمسة وأربعون دينارًا
وللأم السبع خمسة عشر دينارًا ، والباقي وهو ثلاثون للأخ ، ولا شيء للعم ، ثم يقسم
الثلاثون بين البنت والأم والعم أسداسا كما تقدم ، والصحيح قول العامة لأنه احتمال
موتها معا واحتمل تقدم أحدهما واحتمل تأخره ، فوقع الشك في استحقاقه الميراث
واستحقاق الأحياء متيقن فلا يعارضه الشك ، ولأن أحدهما إن جعل حيا حتى ورث من
الآخر كيف يجعل ميتا حتى يرثه الآخر ؟ وإن علم موت أحدهما (١) أولا ولا يدري أيهم
هو أعطى كل واحد اليقين ووقف المشكوك حتى يتبين أو يصطلحوا .

(١) قوله وإن علم موت أحدهما ، مثله في شرح الجمع لمصنفه ، ومثله أيضا في شرح
السراجية لمصنفها ، وبعده بعض شراحها وعلاه في حاشية عجم زاده بقوله : لأن التذكير
غير ميثوس منه ، وقد استترك عليه في معراج الدراية بعبارة ضوء السراج . وقال العلامة
قاسم : إن ما في الإختيار قول الشافعية ومذهب الحنفية لا تورث بالكلية ، ويعملان كأنهما
ماتا معا فتنبه لذلك اه بحرلوى .

فصل

المجوسى لا يرث بالأنكحة الباطلة ، وإذا اجتمع فيه قرابتان توفرقتا في شخصين ورثا بهما ورث بهما .
والحمل يرث ويوقف نصيبه .

فصل

(المجوسى لا يرث بالأنكحة الباطلة) لبطانها ، ويرث بالقرابة لثبوتها ، كما لو مات وترك امرأة هي أمه أو أخته ترث بالأومة والأخوة دون الزوجية (وإذا اجتمع فيه قرابتان لو تفرقتا في شخصين ورثا بهما ورث بهما) وهو مذهب عامة الصحابة . وقال زيد بن ثابت : يرث بأبئيهما ، وهي التي يرث بها بكل حال ، وبه قال مالك والشافعى ! والصحيح قول العامة ، لأن كل واحدة من القرابتين بانفرادها علة صالحة لاستحقاق الإرث ، ويجوز أن يستحق الواحد مالين يجهتين إذا وجد سببا استحقاق كإبني عم أحدها أخ لأم أو زوج على ما تقدم ، ولا يلزم الأخت لأبوين حيث لا ترث بقرابتي الأبوة والأومة ، لأن الشرع جعلهما قرابة واحدة في التوريث نصا لا قياسا . وصورته : مجوسى تزوج بنته فولدت منه بنتا ثم ماتت فقد مات من بنتين فلهما الثلثان والباقي لعصبته وسقط اعتبار الزوجية ، ولو ماتت بعده البنت التي كانت زوجة فقد ماتت عن بنت هي أختها ، فلهما جميع المال النصف بالبنتية والنصف بعصبة الأختية ؛ وعند زيد لها النصف بالبنتية لغير ؛ ولو ماتت بعده البنت المولودة فقد خلفت أمها وهي أختها من الأب فلهما الثلث بالأومة والنصف بالأختية والباقي للعصبة . وعند زيد لها الثلث بالأومة لغير لأنها أبئيهما قرابة لأنها لا تعجب بحال ، وإذا تراءفوا إلينا قسمنا بينهم كالقسمة بين المسلمين ، قال تعالى . فان جاموك فاحكم بينهم - وهو مروى عن عمرو بن عبد الله وابن مسعود وابن عباس ، ورواية عن زيد رضى الله عنهم .

فصل

(والحمل يرث ويوقف نصيبه) بإجماع الصحابة ، ولأنه يحتمل وجوده فيرث ، ويحتمل علمه فلا يرث فيوقف حتى يتبين بالولادة احتياطا ؛ فان ولد إلى ستين حيا ورث لأنه عرف وجوده وإن احتمل حلوله بعد الموت لكن جعل موجودا قبل الموت حكما حتى يثبت نسبه لقيام القرائن في العدة ، وهذا إذا كان الحمل من الميت ؛ فأما إذا كان من غير الميت ، كما إذا مات وأمه حامل من غير أبيه وزوجها حي ، فان جابت به لأكثر من ستة

أشهر لا يرث لاحتال حدوثه بعد الموت فلا يرث بالشك إلا أن تقر الورثة بحملها يوم الموت ، وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر فانه يرث لأننا نيقنا بوجوده عند موته ، ثم الحمل لا يلغو إما أن يكون ممن يحجب حجب حرمان أو حجب نقصان أو يكون مشاركا لهم ، فإن كان يحجب حجب حرمان ، فإن كان يحجب الجميع كالإخوة والأخوات والأعمام وبنهم توقف جميع التركة إلى أن تلد لجواز أن يكون الحمل ابنا ، وإن كان يحجب البعض كالإخوة والجدة تعطى الجدة السدس ويوقف الباقي ، وإن كان يحجب حجب نقصان كالزوج والزوجة يعطون أقل النصيبين ويوقف الباقي ، وكذلك يعطى الأب السدس لاحتال أنه ابن ، وإن كان لا يحجبهم كالجدة يعطون نصيبهم ويوقف الباقي ، وإن كان لا يحجبهم ولكن يشاركهم بأن ترك بنين أو بنات وجملا ، روى ابن المبارك عن أبي حنيفة أنه يوقف له نصيب أربعة من البنين أو البنات أيهما أكثر لأنه قد وقع ذلك فيوقف ذلك احتياطا ، وكان شريك بن عبد الله من حمات به أمه مع ثلاثة . وروى هشام عن أبي يوسف وهو قول محمد أنه يوقف نصيب ابنتين لأنه كثير الوقوع وما زاد عليه نادر فلا اعتبار به . وروى الخصاص عن أبي يوسف وهو قوله أنه يوقف نصيب ابن واحد وعليه الفتوى . لأنه الغالب المعتاد وما فوقه محتمل ، والحكم مبني على الغالب دون المحتمل ، فإن ترك ابنتين وجملا ، فعلى قول ابن المبارك يوقف ثلثا المال ، وعلى قول محمد نصف المال وعلى قول أبي يوسف ثلث المال ، وإن ولد ميتا لاحكم له ولا يرث ، وإنما تعرف حياته بأن تنفس كما ولد أو استهل بأن سمع له صوت أو عطس أو تحرك عَضُو منه كعينيه أو شفتيه أو يديه ، لأن بهلم الأشياء تعلم حياته ، قال غلبه الصلاة والسلام « إذا استهل الصبي » ورث وصلى عليه ، فإن خرج الأكثر حيا ثم مات ورث ، وبالعكس لا اعتبارا للأكثر ، فإن خرج مستقبلا فاذا خرج صدره ورث ، وإن خرج منكوسا يعتبر خروج سرتة ، وإن مات بعد الاستهلال ورث وورث عنه .

فصل المفقود

وقد ذكرنا أحكامه وما يتعلق به حال حياته ، ومتى يحكم بموته في بابه ، ونذكر هنا ما يخص بالإرث فنقول : من مات في حال عقله بمن يرثه المفقود يوقف نصيب المفقود إلى أن يبين حاله لاحتال بقاءه ، فإذا مضت المدة التي تقدم ذكرها على ما فيها من الاختلاف ولم يعلم حاله وحكمنا بموته قسمت أمواله بين الموجودين من ورثته كما بينا ، وأما الموقوف من تركته غيره فانه يرث على ورثة ذلك الغير ويقسم بينهم كان المفقود لم يكن لأننا نيقنه بكونهم واثقين وشككتنا فيه ، فكان توزيعهم أولى لأن الشك لا يعارض اليقين .

والأصل في ذلك إن كان معه وارث يحجب به لا يعطى شيئا ، وإن كان لا يحجب ولكن ينقص يعطى أقل النصيبين - ويوقف الباقي .

مثاله : مات عن بنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن ، يعطى البنتان النصف لأنه متيقن ويوقف النصف الآخر ، ولا يعطى ولد الابن شيئا لأنهم يحجبون به فلا يعطون بالشك ، وإن كان معه وارث لا يحجب كالجد والجدلة يعطى كل نصيبه كما في الحمل .

فصل الخنثى

قد سبق في كتاب الخنثى صورته وأحكامه والاختلاف فيه والدليل على توريثه من مثاله ، ونذكر الآن أحكام ميراثه . والأصل فيه أن أبا حنيفة رحمه الله يعطيه أخس النصيبين في الميراث احتياطا ، فلو مات أبوه وتركه ابنا فللابن سهمان وله سهم ، ولو تركه وبنتا فالمال بينهما نصفان فرضا وردا . أخت لأب وأم وخنثى لأب وعصبة ، للأخت النصف والخنثى السدس تكلية الثلاثين كالأخت من الأب والباقي للعصبة . زوج وأم وخنثى لأبوين للزوج النصف وللأم الثلث والباقي للخنثى ويجعل ذكرا لأنه أقل . زوج وأخت لأبوين وخنثى لأب سقط ويجعل عصبة لأنه أسوأ الحالين . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : للخنثى نصف . نصيب ذكر ونصف نصيب أنثى عملا بالشبهين ، وهو قول الشعبي . مثاله : ابن وخنثى . قال محمد على قول الشعبي : المال بينهما على أنثى عشر سهمي للابن سبعة وللخنثى خمسة . وقال أبو يوسف رحمه الله : على سبعة ، للابن أربعة ، والخنثى ثلاثة ، لأن الابن عند الانفراد يستحق جميع المال ، والخنثى يستحق ثلاثة أرباعه ، فإذا اجتمعا يقسم بينهما على قسري حقيهما فيضرب هذا بأربعة وهذا بثلاثة فيكون سبعة . ومحمد رحمه الله أذهب الخنثى : لو كان ذكرا كان المال بينهما نصفين ، ولو كان أنثى كان أثلاثا فيحتاج إلى حساب له نصف وثلث وأقله ستة ، فلو كان الخنثى ذكرا يكون له ثلاثة ، ولو كان أنثى فاثنتان فسهمان له يتيقن وقوع الشك في سهم فينصف فيكون له سهمان ونصف فيضعف ليزول الكسر فتصير أنثى عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة ، وعلى هذا يخرج جميع مسائل الخنثى .

فصل

قد ذكرنا أن الموانع من الإرث : الرق ، والقتل ، واختلاف الملتين واللبازين حكما : أما الرق فالأن العبد لأملك له وليس من أهل الملك والتكليف وكذلك المكاتب . قال :

عليه الصلاة والسلام « المكاتب عند ما بقى عليه ذرهم » فلا يرث ولا يورث ولا يحجب ، فإن مات وترك وفاء أدى عنه بدل الكتابة والباقي لورثته على ما عرف في بابيه ، والمستسعى كالمكاتب عنده ، وقد مر في العتق . وأما الكفر ، فلقوله عليه الصلاة والسلام « لا يورث أهل ملتين شتى » ، لا يرث كافر من مسلم ، ولا مسلم من كافر ، والكفر كله ملة واحدة يرث بعضهم بعضا وإن اختلفت شرائعهم . روى سعيد بن جبير عن عمر رضي الله عنه أنه قال : الكفر كله ملة واحدة ولأن الكفر كله ضلال وهو ضد الإسلام فيجعل ملة واحدة ، ويتوارثون بما يتوارث به أهل الإسلام من الأسباب إلا الأكنحة الباطلة ، واختلاف الدارين حقيقة أن يكون لكل دار ملك على حدة ويرى كل واحد منهما قتال الآخر كالروم والصين ، لأن عند ذلك تكون الولاية منقطعة فيما بينهم كدار الإسلام ودار الحرب .

أهل اللمة وأهل الحرب لا يورث بينهم ، سواء كان الحربى في دارهم أو مستأمناً عندنا لا يرث الهوى ولا يرثه الذى لا ينقطع الولاية فيما بين أهل الدارين ، لأن الحربى باق على حكم حربه فإنه لا يمنع من العود إلى داره ، وهذا معنى اختلاف الدارين حكماً ، وإذا مات المستأمن عندنا وترك مالا يجب أن نبعثه إلى ورثته وفاء بمقتضى الأمان ، ومن مات من أهل اللمة ولا وارث له فإله لبيت المال لأنه لا مستحق له ، وميراث المرتد بأحكامه مرفى السير . وأما القتل فالقاتل مباشرة بغير حق لا يرث من مقتوله عمداً كان أو خطأ لقوله صلى الله عليه وسلم « لا ميراث لقاتل بعد صاحب البقرة » من غير فصل بين العمد والخطأ ، وقتل الصبي والمجنون والمعتوه والمبرم والموسوس لا يوجب حرمان الميراث لأن الحرمان ثبت جزاء قتل محظور ، وفعل هؤلاء ليس بمحظور لقصور الخطاب عنهم غصار كالقتل بحق ، والحديث خص عنه القتل بحق فتخص هذه الصور بظاهر آيات الموارث وظاهر الآيات أقوى من ظاهر الحديث . والتسبيب إلى القتل لا يحرم الميراث كحافر البئر وواضع الحجر وصب الماء في الطريق ونحوه ، لأن حرمان الميراث يتعلق بالقتل حقيقة والتسبيب ليس قتلاً حقيقة لأن القتل ما يحل في الحى فيؤثر في انزهاق الروح والتسبيب ليس كذلك لأنه فعل في غيره تعدى أثره إليه ، وصار كمن أوقد ناراً في داره فأحرق دار جاره لاضمان عليه ؛ وكل قتل أوجب القصاص أو الكفارة كان مباشرة فيحرم به الميراث ، ومالا يوجب ذلك فهو تسبيب لا يحرم الميراث ، والراكب مباشر لأن قتله وقتل الدابة اتصل بالمقتول فكأنهما وطئهما جميعاً ، والثائم يتقلب على مورثه فيقتله مباشرة ، والقائد والسائق مسبب لأنه لم يتصل ثقله بالمقتول فلا يكون مباشراً ، وفي قتل الباغى العادل وعكسه تفصيل وخلاف عرف في السير بتوفيق الله تعالى .

فصل

المناسخة : أن يموت بعض الورثة قبل القسمة . والأصل فيه أن تصح فريضة الميت الأول وتصح فريضة الميت الثاني ، فإن انقسم نصيب الميت الثاني من فريضة الأول على ورثته فقد صحت المسألتان ، وإن كان لا يستقيم ، فإن كان بين سهام ومسأله موافقة فاضرب وفق التصحيح الثاني في التصحيح الأول ، وإن لم يكن بينهما موافقة فاضرب كل الثاني في الأول ، فالجواب يخرج المسألتين :

وطريق القسمة أن تضرب سهام ورثة الميت الأول في المضروب ، وسهام ورثة الميت الثاني في كل ما في يده أو في وقفه ، فإن مات ثالث فصحح المسألتين الأوليتين ، وانظر إلى سهام الثالث معهما إن كان منهما أو من أحدهما ، فإن انقسمت على مسأله فقد صحت المسائل الثلاث ،

فصل المناسخات

(المناخة : أن يموت بعض الورثة قبل القسمة . والأصل فيه أن تصح فريضة الميت الأول وتصح فريضة الميت الثاني ، فإن انقسم نصيب الميت الثاني من فريضة الأول على ورثته فقد صحت المسألتان) .

مثاله : ابن وبنت مات الابن عن ابنتين ، فريضة الأول من ثلاثة لابن سهران وللبنت سهم ، وفريضة الثاني من اثنين فيقسم نصيبه على ورثته (وإن كان لا يستقيم ، فإن كان بين سهام ومسأله موافقة فاضرب وفق التصحيح الثاني في التصحيح الأول ، وإن لم يكن بينهما موافقة فاضرب كل الثاني في الأول ، فالجواب يخرج المسألتين . وطريق القسمة أن تضرب سهام ورثة الميت الأول في المضروب ، وسهام ورثة الميت الثاني في كل ما في يده أو في وقفه) لأن تركة الثاني بعض فريضة الأول ، فإذا صار جميع الفريضة الأولى مضروباً في جميع الثانية صار كل بعض منها مضروباً في جميع الثانية فتصير جميع الثانية مضروباً في بعض الأولى وهو تركة الثاني ضرورة لأن الضرب يقوم بالطرفين (فإن مات ثالث فصحح المسألتين الأوليتين) على ما ذكرنا (وانظر إلى سهام الثالث معهما إن كان منهما أو من أحدهما ، فإن انقسمت على مسأله فقد صحت المسائل الثلاث ،

وَأَنْ لَمْ تَنْتَقِمْ فَاضْرِبْ مَسْأَلَتَهُ أَوْ وَفَّقْهَا فَمَا صَحَّتْ مِنْهُ الْأُولَيَانِ ، فَمَنْ لَهُ شَيْءٌ لَهٗ شَيْءٌ مِنَ الْأُولَى وَالثَّانِيَةِ مَضْرُوبٌ فِي الثَّالِثَةِ أَوْ فِي وَفَّقِهَا ، وَمَنْ لَهُ شَيْءٌ فِي الثَّالِثَةِ مَضْرُوبٌ فِي سِهَامِ الْمَيِّتِ الثَّالِثِ أَوْ فِي وَفَّقِهَا ، وَكَذَا إِنْ مَاتَ رَابِعٌ وَخَامِسٌ .

وَأِنْ لَمْ تَنْتَقِمْ فَاضْرِبْ مَسْأَلَتَهُ أَوْ وَفَّقْهَا فَمَا صَحَّتْ مِنْهُ الْأُولَيَانِ ، فَمَنْ لَهُ شَيْءٌ مِنَ الْأُولَى وَالثَّانِيَةِ مَضْرُوبٌ فِي الثَّالِثَةِ أَوْ فِي وَفَّقِهَا ، وَمَنْ لَهُ شَيْءٌ فِي الثَّالِثَةِ مَضْرُوبٌ فِي سِهَامِ الْمَيِّتِ الثَّالِثِ أَوْ فِي وَفَّقِهَا ، وَكَذَا إِنْ مَاتَ رَابِعٌ وَخَامِسٌ .

مثاله : امرأة وأم وأخت من أم وعم ، مات العم وخلف ابنا وابنتا ؛ الأولى من اثني عشر والثانية من ثلاثة وسهام الأم ثلاثة تستقيم على مسألتها فقد صحت المسألتان من اثني عشر . آخر : زوجة وثلاث أخوات متفرقات وعم ، ماتت الأخت من الأبوين وخلفت هؤلاء ، الأولى من ثلاثة عشر للأخت من الأبوين ستة تنقسم على تركتها فصحت المسألتان من ثلاثة عشر ، حصل للأخت من الأب خمسة : سهمان من الأولى ، وثلاثة من الثانية ، وللأخت من الأم ثلاثة ، من الأولى سهمان ومن الثانية سهم ، ولعم سهمان من الثانية ، وللزوجة ثلاثة من الأولى . آخر زوجة وثلاث أخوات متفرقات ، ماتت الأخت من الأبوين وخلفت زوجا وأختا لأب وأختا لأم ، الأولى من ثلاثة عشر ، والثانية من سبعة ، وسهام الميت الثاني من التركة الأولى ستة لا تستقيم على مسألتها وهي سبعة ولا موافقة ، فاضرب سبعة في ثلاثة عشر يكن إحدى وتسعين منها تصح المسألتان . آخر زوجة وثلاث أخوات متفرقات وأم وأخ لأم . من سبعة عشر ، ماتت الأم وخلفت أبا وأما وابنا وابنتين من ستة وسهامها من الأولى الثان لا تستقيم على مسألتها لكن توافق بالنصف ، فاضرب وفق مسألتها وهو ثلاثة في سبعة عشر يكن إحدى وخمسين منها تصح المسألتان ، فكل من له شيء من الأولى مضروب في ثلاثة ، ومن له شيء من الثانية مضروب في واحد فيكون للمرأة تسعة وللأخت من الأبوين ثمانية عشر وللأخت من الأب ستة ، وللأخت من الأم ستة ، وللأخ من الأم ستة ، ولكل واحد من الأبوين سهم واحد (١) . آخر ابنان مات أحدهما وترك بنتا وأختا ، ثم ماتت البنت وترك زوجا وبنتا وعمما هو ابن الميت الأول ، الأولى من اثنين وكذلك الثانية ، والثالثة من أربعة ، اضرب أربعة في مبلغ الفريضة الأولى وهي أربعة تكن ستة عشر منها تصح المسائل ، لعم من المسألتين الأولىين سهمان من مسألة الأب ، وسهم من الأخ اضربها في أربعة يكن اثني عشر ، وكان للميت الثالث سهم من أبيها مضروب في أربعة يستقيم على ورثتها ، للبنت سهمان ، وللزوج سهم .

(١) أبى مضروبا في ثلاثة ، وبهذا يكون المجموع واحدا وخمسين .

حساب الفرائض

اعلم أن الفروض نوعان : الأول النصف والرُّبُع والثلثين . والثاني الثلث والثلثان والسدس ، فالنصف من اثنتين ، والرُّبُع من أربعة ، والثلثين من ثمانية ، والثلثان والثلث من ثلاثة ، والسدس والسدسان من ستة ، فإذا اختلط النصف من النوع الأول بكل النوع الثاني أو ببعضه أو باثنين ، فهي من ستة ، وإن اختلط الرُّبُع بالكل أو ببعضه فبن اثني عشر ، وإن اختلط الثلثين كذلك فبن أربعة وعشرين ،

والباقي للعلم وهو سهم فحصل له وهو ابن الميت الأول وأخ الثاني وعم الثالث ثلاثة عشر من المسائل ، من الأولى ثمانية ، ومن الثانية أربعة ، ومن الثالثة سهم . آخر رجل مات وترك ابنتين وبنتين ثم مات أحد الابنتين عن امرأة وبنت وعصبة ، الأولى من ستة والثانية من ثمانية ، وسهامه من الأول اثنان لا يستقيم على مسأله لكن يوافق فريضة بالنصف فاضرب وفق فريضته وهو أربعة في الفريضة الأولى وهي ستة تكن أربعة وعشرين منها تصح المسائلان ، كان للابن من الميت الأول سهمان مضروبان في أربعة تكن ثمانية ، وللبنين سهمان مضروبان في أربعة ثمانية ، وللزوجة سهم مضروب في وفق فريضة وهو سهم يكون لها ، وللبنت أربعة مضروبة في سهم هي لها ، والعم ثلاثة في سهم هي له ، ولو ماتت البنت عن زوج وأم وعصبة تصح من ستة ، وسهامها من المسألة الثانية أربعة ، وبينهما موافقة بالنصف فاضرب وفق فريضتها وهي ثلاثة في مبلغ الفريضتين الأولتين وهو أربعة وعشرون تكن اثنين وسبعين منها تصح المسائل ، وعلى هذا تخرج جميع مسائل هذا الباب ، والذي يسهل ذلك المباشرة وكثرة العمل بنوفيق الله تعالى .

حساب الفرائض

(اعلم أن الفروض نوعان : الأول النصف والرُّبُع والثلثين . والثاني الثلث والثلثان والسدس) ومخرج كل كسر عدد مافي الواحد من أمثاله ومخرج الكسر المكرر مخرج الكسر المفرد كالثلث والثلثين والسدس والستين : (فالنصف من اثنين ، والرُّبُع من أربعة ، والثلثين من ثمانية ، والثلثان والثلث من ثلاثة ، والسدس والسدسان من ستة ، فإذا اختلط النصف من النوع الأول بكل النوع الثاني) وهو الثلث والثلثان والسدس (أو بعضه) أي بواحد منها (أو باثنين فهي من ستة) وإن اختلط الرُّبُع بالكل أو ببعضه فبن اثني عشر ، وإن اختلط الثلثين كذلك فبن أربعة وعشرين) وقد تقدم أمثله في فصل العول ،

فاذا صحّت القرينة، فإن انقسمت سهام كل فريق عليه فلا حاجة للضرب، وإن انكسرت فاضرب عدداً رؤوس من انكسر عليه في أصل المسألة وعوّلها إن كانت عائلة كما خرجت من المسألة، وإن وافق سهامهم عددهم فاضرب وفق عددهم في المسألة، وإن انكسرت على فريقين فاطلب الموافقة بين سهام كل فريق وعددهم ثم بين العددين، فإن كانا متباينين فاضرب أحدهما في أصل المسألة، وإن كانا متساويين فاضرب أحدهما، وإن كانا متوافقين فاضرب وفق أحدهما في الآخر كما خرج في المسألة، وإن كانا متباينين فاضرب كل أحدهما في الآخر ثم المجموع في المسألة،

(فإذا صحّت القرينة، فإن انقسمت سهام كل فريق عليه فلا حاجة للضرب، وإن انكسرت فاضرب عدد رؤوس من انكسر عليه في أصل المسألة وعوّلها إن كانت عائلة. فما خرجت من المسألة) مثاله : امرأة وأخوان المرأة الربع سهم يبقى ثلاثة لا يستقيم على أربعين، ولا يوافق فاضرب اثنين في أربعة يكن ثمانية منها تصح (وإن وافق سهامهم عددهم فاضرب وفق عددهم في المسألة) مثاله : امرأة وستة إخوة ، للزوجة الربع يبقى ثلاثة لا يستقيم على ستة وبينهما موافقة بالثلث ، فاضرب وفق عددهم وهو اثنان في أصل المسألة وهو أربعة تكن ثمانية منها تصح ، كان للزوجة سهم في اثنين تكن اثنين ، وللإخوة ثلاثة في اثنين يكن ستة لكل واحد سهم : آخر زوجة وستة إخوة وثلاث أخوات لأبوين ، أصلها من أربعة ، للزوجة سهم يبقى ثلاثة لا يستقيم على خمسة عشر لكن بينهما موافقة بالثلث فراجع الخمسة عشر إلى ثلثها وهو خمسة فاضرب خمسة في أربعة تكن عشرين منها تصح (وإن انكسرت على فريقين فاطلب الموافقة بين سهام كل فريق وعددهم ثم بين العددين ، فإنه كانا متباينين فاضرب أحدهما في أصل المسألة ، وإن كانا متساويين فاضرب أحدهما ، وإن كانا متوافقين فاضرب وفق أحدهما في الآخر فما خرج في المسألة ، وإن كانا متباينين فاضرب كل أحدهما في الآخر ثم المجموع في المسألة) مثاله : ثلاثة أمهات وثلاث بنات ، للبنات الثلثان يبقى سهم للأمهات قد انكسر على الفريقين وهما متساويتان فاضرب عدد أحدهما وهو ثلاثة في أصل المسألة تكن تسعة منها تصح . آخر خمس جدات وخمس أخوات لأبوين وهم أصلها من ستة ولا موافقة بين السهام والأعداد لكن الأعداد متساوية ، فاضرب أحدهما وهو خمسة في المسألة تكن ثلاثين منها تصح . آخر جدة وست أخوات لأبوين وتسع أخوات أم من ستة وتعمل إلى سبعة ، للجدّة سهم وللأخوات لأم سهمان ولا موافقة، وللأخوات

وإن انكسر على ثلاث فرق أو أكثر فكذلك تطلب المشاركة أولاً بين
السهم والأعداد ، ثم بين الأعداد والأعداد ، ثم افعل كما فعلت في
الفرقتين في المداخلة والمخالطة والموافقة والمباينة وما حصل من الضرب
بين الفرق وسهامهم يسمى جزء السهم فاضربه في أصل المسألة .

لأبوين أربعة وبينهما موافقة بالنصف فترجع إلى ثلاثة وهي داخلة في التسعة ، فاضرب
تسعة في أصل المسألة وهي سبعة تكن ثلاثة وستين منها تصح . آخر بنت وست جدات
وأربع بنات ابن وعم ، من ستة ولا موافقة بين السهام والأعداد ، لكن بين الرووس
وهي الستة والأربعة موافقة بالنصف فاضرب نصف أحدهما في الآخر يكن اثني عشر
ثم اثني عشر في المسألة يكن اثنين وسبعين منها تصح . آخر زوجة وست عشرة أختا لأم
وخسة وعشرون عما ربع وثلاث وأما بقى أصلها من اثني عشر ، وبين سهام الأخوات
وعدهن موافقة بالربع فترجع إلى أربعة ، وبين الأعمام وسهامهم موافقة بالخمس فترجع
إلى خسبها وهي خمسة ، ولا موافقة بين الأعداد ، فاضرب أحد العددين وهو أربعة في الآخر
وهو خمسة يكن عشرين ثم اضربها في أصل المسألة يكن مائتين وأربعين منها
تصح (وإن انكسر على ثلاث فرق أو أكثر فكذلك تطلب المشاركة أولاً بين السهام
والأعداد ، ثم بين الأعداد والأعداد ، ثم افعل كما فعلت في الفرقتين في المداخلة والمخالطة
والموافقة والمباينة) ولا يتصور الكسر على أكثر من أربع فرق في القرائض (وما حصل
من الضرب بين الفرق وسهامهم يسمى جزء السهم فاضربه في أصل المسألة) مثاله : أربع
زوجات وثلاث جدات واثنان عشر عما ، أصلها من اثني عشر للزوجات الربع ثلاثة ،
وللجدات السدس سهمان ، وللأعمام ما بقى سبعة ، ولا موافقة بين الأعداد والسهام ، لكن
الأعداد متداخلة ، فاضرب أكثرها وهو اثني عشر في أصل المسألة تكن مائة وأربعة
وأربعين منها تصح ، كان للزوجات ثلاثة في اثني عشر تكن ستة وثلاثين لكل زوجة
تسعة ، وكان للجدات سهمان في اثني عشر أربعة وعشرين لكل جدة ثمانية ، وكان للأعمام
سبعة في اثني عشر أربعة وثمانين لكل عم سبعة . آخر ست جدات وتسع بنات وخمسة عشر
عما أصلها من ستة ، للجدات سهم لا ينقسم ولا موافقة ، للبنات أربعة كذلك ، وللأعمام
سهم كذلك ، وبين أعدادهم موافقة ، فاضرب ثلث الجدات وهو اثنان في عدد البنات وهو
تسعة تكن ثمانية عشر ، ثم اضرب وفقها الثلث وهو ستة في عدد الأعمام وهو خمسة عشر
تكن تسعين ، ثم اضرب التسعين في أصل المسألة وهو ستة تكن خمسمائة وأربعين منها
تصح . آخر زوجتان وعشر جدات وأربعون أختا لأم وعشرون عما ، أصلها من اثني عشر
للزوجتين الربع ثلاثة لا ينقسم ولا موافقة ، وللجدات السدس سهمان لا ينقسم لكن بينهما

موافقة بالنصف فيرجع إلى نصفها وهي خمسة ، وللأخوات الثلث أربعة لا ينقسم ولكن يوافق بالربع فيرجع إلى ربعها وهو عشرة ، وللأعمام ما بقي وهو ثلاثة لا يستقيم ولا موافقة والخمسة والعشرة داخلة في العشرين ، فاضرب عشرين في أصل المسألة وهو اثنا عشر تكن مائتين وأربعين منها تصح . آخر أربع زوجات وخمس عشرة جدة وثمان عشرة بنتا وستة أعمام ، أصلها من أربعة وعشرين ، للزوجات الثمن ثلاثة لا يستقيم ولا يوافق ، وللجدات السدس أربعة كذلك ، وللبنات الثلثان ستة عشر بينهم موافقة بالنصف فيرجع إلى النصف وهي تسعة ، بقي للأعمام سهم من أربعة وخمسة عشر وتسعة وستة وبين التسعة والستة موافقة بالثلث فاضرب ثلث أحدهما في الآخر يكن ثمانية عشر بينهما وبين الخمسة عشر موافقة بالثلث أيضا ، فاضرب ثلث أحدهما في الآخر يكن تسعين وهي توافق الأربعة بالنصف فاضرب اثنين في التسعين يكن مائة وثمانين اضربها في أصل المسألة أربعة وعشرين يكن أربعة آلاف وثلاثمائة وعشرين منها تصح . آخر زوجتان وعشر بنات وست جدات وسبعة أعمام ، من أربعة وعشرين ، للزوجتين الثمن ثلاثة لا ينقسم ولا يوافق ، وللبنات الثلثان ستة عشر بينهما موافقة بالنصف فارجع إلى خمسة ، للجدات السدس أربعة بينهما موافقة بالنصف أيضا يرجع إلى ثلاثة ، وللأعمام سهم ، هنا اثنان وخمسة وثلاثة وسبعة كلها متباينة فاضرب اثنين في خمسة تكن عشرة ، اضربها في ثلاثة تكن ثلاثين ، اضربها في سبعة تكن مائتين وعشرة ، اضربها في أصل المسألة تكن خمسة آلاف وأربعين .

فصل : في معرفة التوافق والتماثل والتداخل والتباين

اعلم أن كل عددين لا يخلو عن هذه الأقسام الأربعة . أما المتماثلان فهما المتساويان كالثلاثة والثلاثة ، والخمسة والخمسة وهذا يعرف بالبنية . وأما المتداخلان فكل عددين أحدهما جزء الآخر وهو أن لا يكون أكثر من نصفه كالثلاثة مع التسعة والأربعة مع الاثنى عشر ، فالثلاثة ثلث التسعة ، والأربعة ثلث الاثنى عشر ، والأربعة نصف الثمانية ، وكذلك الثلاثة مع الستة . طريق معرفة ذلك أن تسقط الأقل من الأكثر ، فان بقي به فهما متداخلان كالخمسة والأربعة مع العشرين ، فانك إذا أسقطت الخمسة من العشرين أربع مرات ، أو الأربعة خمس مرات فبقيت العشرون فطعت أنهما متداخلان . أو نقول : كل عددين ينقسم الأكثر على الأقل قسمة صحيحة فهما متداخلان كما ذكرنا ، فانك إذا قسمت العشرين على الخمسة يحییء أربعة أقسام صحيحة ، وكذلك إذا قسمتها على الأربعة يحییء خمسة أقسام صحيحة . وأما المتوافقان فكل عددين لا يفي أحدهما الآخر ولا ينقسم عليه لكن يقسمهما عدد آخر يكونان متوافقين بجزء العدد المقي : كالثمانية مع الاثنى عشر

تفتنيها أربعة فهما متوافقان بالربع ، وكذلك خمسة عشر مع خمسة وعشرين يفتنيها خمسة فتوافقهما بالخمسة ، وقد يفتنيها أعداد كاثني عشر وثمانية عشر فانه يفتنيها ستة والثلاثة والاتان فيؤخذ جزء الوفاق من أكثر الأعداد فيكون أخضر في الضرب والحساب . وطريق معرفة الموافقة أن ينقص أحدهما من الآخر أبدا ، فما بقي فخذ جزء الموافقة من ذلك كخمس عشرة مع خمسة وعشرين ، فانك إذا نقصت منها الخمسة عشر تبقى عشرة ، فإذا نقصت العشرة من خمسة عشر تبقى خمسة ، فإذا نقصت الخمسة من العشرة تبقى خمسة فتأخذ جزء الموافقة من خمسة . وطريق معرفة جزء الموافقة أن تنسب الواحد إلى العدد الباقي فما كان من نسبة الواحد إليه فهو جزء التوافق ، مثاله ما ذكرنا . بقى خمسة انسب الواحد إليها تكن خمسا ، فاعلم أن الموافقة بينهما بالأخماس ، وإن كان الجزء المفقى أكثر من عشرة كالستة والثلاثين والأربعة والخمسين فالذي يفتنيها الثمانية وعشر، والثان وعشرون وثلاثة وثلاثون يفتنيها أحد عشر، وثلاثون وخمسة وأربعون يفتنيها خمسة عشر ، فانظر فان كان العدد المفقى فردا أولا وهو الذى ليس له جزء صحيح : أى لا يتركب من ضرب عدد في عدد كأحد عشر فقل الموافقة بينهما جزء من أحد عشر لأنه لا يمكن التعبير عنه بشيء آخر ، وإن كان العدد المفقى زوجا كالثمانية عشر فها ذكرنا ، أو فردا مركبا وهو الذى له جزءان صحيحان أو أكثر كخمسة عشر فان لها جزءين صحيحين وهو الخمس ثلاثة والثلاث خمسة ، ويسمى مركبا لأنه يتركب من ضرب عدد في عدد وهو ثلاثة في خمسة ، فإن شئت أن تقول كما قلت في الفرد الأول هو موافق بجزء من خمسة عشر وجزء من ثمانية عشر ، وإن شئت أن تنسب الواحد إليه بكسرين ينضاف أحدهما إلى الآخر فتقول في خمسة عشر بينهما موافقة بثلاث الخمس وفي ثمانية عشر بثلاث السلس ، وقس عليه نظائره . وأما المتباينان فكل عددين ليسا متداخلين ولا متماثلين ولا يفتنيها إلا الواحد كالخمسة مع السبعة ، والسبعة مع التسعة ، وأحد عشر مع عشرين وأمثاله ، وإذا صححت المسألة بما تقدم من الطرق وأردت أن تعرف نصيب كل فريق من التصحيح فاضرب ما كان له من أصل المسألة فيما ضربته في أصلها فخرج فهو نصيب ذلك الفريق ومعرفة نصيب كل وارث أن تضرب سهامه فيما ضربته في أصل المسألة يخرج نصيبه . مثاله : أربع زوجات وست أخوات لأبوين وعشرة أعمام ، أصلها من اثني عشر ، للزوجات الربع ثلاثة لاستقيم ولا توافق ، وللأخوات الثلثان ثمانية لاستقيم لكن يوافق بالنصف يرجع إلى ثلاثة ، وللأعمام واحد ، هنا أربعة وثلاثة وعشرة ، بين الأربعة والعشرة موافقة بالنصف ، فاضرب نصف أحدهما في الآخر يكن عشرين ، ثم اضرب العشرين في ثلاثة يكن ستين ، اضربها في أصل المسألة اثني عشر يكن سبعمائة وعشرين منها تصعب ، فإذا أردت أن تعرف نصيب كل فريق

فصل

وإذا كانت التركة دراهم أو دنانير وأردت أن تقسمها على سهام الورثة فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في التركة ثم اقسم المبلغ على المسألة وإن كان بين التركة والتصحيح موافقة فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في وفق التصحيح على وفق التصحيح يخرج نصيب ذلك الوارث ،

قول : كان للزوجات ثلاثة مضروبة فيما ضربته في أصل المسألة وهي ستون تكن مائة وثمانين ، وكان للأخوات ثمانية مضروبة في ستين يكن أربعمائة وثمانين ، وكان للأعمام سهم في ستين تكن ستين ، وإذا شئت أن تعرف نصيب كل وارث فقل : كان لكل زوجة ثلاثة أرباع سهم مضروبة في ستين تكن خمسة وأربعين ، وكان لكل أخت سهم ثالث في ستين يكن ثمانين ، ولكل عم عشر سهم في ستين تكن ستة ، فهذا بيان تصحيح المسائل ومعرفة نصيب كل فريق وكل وارث ، فقس عليه أمثاله واعمل بما أوضحته من الطرق بحمد الله تعالى .

وطريق آخر لمعرفة نصيب كل فرد : أن تقسم المضروب على أي فريق شئت ثم اضرب الخارج في نصيب ذلك الفريق فالخاصل نصيب كل واحد من ذلك الفريق . مثاله ما تقدم من المسألة المضروب ستون تقسمه على الزوجات الأربع تخرج خمسة عشر تضرب في نصيب الزوجات وهو ثلاثة تكن خمسة وأربعين فهو نصيب كل زوجة ؛ ولو قسمتها على الأخوات يخرج لكل أخت عشرة تضربها في سهامهن وهي ثمانية تكن ثمانين هي لكل أخت ، ولو قسمتها على الأعمام تخرج ستة تضربها في نصيبهم وهو سهم يكن ستة لكل عم .

وطريق آخر طريق النسبة ، أن تنسب سهام كل فريق من أصل المسألة إلى عدد رموسهم ثم تعطي يمثل تلك النسبة من المضروب لكل واحد من أحاد الفريق . ومثاله مسألتنا فنقول : سهام الزوجات ثلاثة ينسبها إلى عدهن وهو أربع يكن ثلاثة أرباع المضروب وهو خمسة وأربعون ، وهكذا تعمل في نصيب الأخوات والأعمام .

فصل في قسمة التركات

(وإذا كانت التركة دراهم أو دنانير ، وأردت أن تقسمها على سهام الورثة ، فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في التركة ، ثم اقسم المبلغ على المسألة ، وإن كان بين التركة والتصحيح موافقة فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في وفق التركة ، ثم اقسم المبلغ على وفق التصحيح يخرج نصيب ذلك الوارث) وكذلك تعمل لمعرفة نصيب كل فريق ؛

وإن شئت أن تعمل بطريق النسبة كما تقدم ، وإن شئت بطريق القسمة ، وإذا أردت أن تعرف صحة العمل من خطئه فاجمع تفصيله وقابله بالجملة ، فإن تساويا فالعمل صحيح وإلا فهو خطأ فأعد العمل ليصح إن شاء الله .

مثاله : زوج وأخت لأب وأخت لأم ، أصلها من ستة وتول إلى سبعة ، والركة خمسون ديناراً ، فاضرب سهام الزوج وهي ثلاثة في خمسين يكنّ مائة وخمسين ، اقسّمها على المسألة وهي سبعة تخرج أحداً وعشرين وثلاثة أسباع ، وكذلك الأخت من الأب ، وسهم للأخت من الأم تضربه في خمسين تكنّ خمسين اقسّمها على سبعة تخرج سبعة وسبع ، وإذا جمعت كانت خمسين فقد صحّ العمل . وطريق النسبة أن تنسب سهام الزوج وهي ثلاثة أسباع فيكون له من الركة ثلاثة أسباعا وهي أحد وعشرون وثلاثة أسباع وهكذا تفعل بالباقي . وطريق القسمة أن تقسم الركة على سبعة تخرج سبعة وسبع ، تضربها في سهام الزوج وهي ثلاثة يكنّ أحداً وعشرين وثلاثة أسباع ، وهكذا يفعل بالباقي .

آخر : زوج وأبوان وبنات ، أصلها من اثني عشر وتول إلى خمسة عشر ، والركة أربعة وثمانون ديناراً وبينهما موافقة بالثلث ، فاضرب سهام البنّتين وهي ثمانية في وفق الركة وهو ثمانية وعشرون تكنّ مائتين وأربعة وعشرين ، اقسّمها على وفق التصحيح وهو خمسة تكنّ أربعة وأربعين وأربعة أخماس ، ثم اضرب سهام الأبوين وهي أربعة في ثمانية وعشرين تكنّ مائة واثني عشر ، اقسّمها على خمسة تكنّ اثنين وعشرين وخمسين ثم اضرب سهام الزوج وهي ثلاثة في ثمانية وعشرين تكنّ أربعة وثمانين ، اقسّمها على خمسة تكنّ ستة عشر وأربعة أخماس فقد صحّت المسألة . وطريق القسمة أن يقسم وفق الركة وهو ثمانية وعشرون على وفق المسألة وهي خمسة يخرج خمسة وثلاثة أخماس ، إن ضربتها في سهام الزوج تخرج ستة عشر وأربعة أخماس ، وفي سهام الأبوين اثنان وعشرون وخمسان وفي سهام البنّتين أربعة وأربعين وأربعة أخماس ، والمجموع أربعة وثمانون فقد صحّت

وطريق النسبة أن تقول : للزوج ثلاثة من خمسة عشر يكون له خمس الركة وهو ستة عشر وأربعة أخماس ، وللأبوين أربعة من خمسة عشر سديسها وعشرها فأعطهما سدس البركة وعشرها وهو اثنان وعشرون وخمسان ، وللبنّتين ثمانية من خمسة عشر ثلث وخمس فلهما ثلث الركة وخمسا ، وذلك أربعة وأربعون وأربعة أخماس ، والمجموع أربعة وثمانون فقد صحّت المسألة ، وإذا كانت سهام المسألة عددا أصمّ فاعمل ما ذكرت من طريق الضرب ، فإن بقي شيء لا يتقسم بالآحاد على المقسوم عليه فاضربه في عدد القاربط وهو عشرون واقسمها ، فإن بقي من القاربط شيء لا يتقسم بالآحاد فاضربه في عدد الحبات ثلاثة ثم اقسّمه ، فإن بقي شيء لا يتقسم فاضربه في عدد الأرز أربعة ، فإن بقي شيء فانبه

وَكَذَلِكَ يُقَسَّمُ بَيْنَ أَرْبَابِ الدِّيُونِ فَيُجْعَلُ "مَجْمُوعُ الدِّيُونِ" كَتَصْصِحِيعِ
المسألة ، ويُجْعَلُ كُلُّ دَيْنٍ كَسَهْمٍ وَارِثٍ .
وَمَنْ صَالِحٌ مِنَ الْغُرَمَاءِ أَوْ الْوَرَثَةِ عَلَى شَيْءٍ مِنَ التَّرَكَةِ فَاطْرَحَهُ كَانَ
كَمْ يَكُنْ ، ثُمَّ اقْسَمِ الْبَاقِيَ عَلَى سِهَامِ الْبَاقِيْنَ .

بالأجزاء إلى الأرزة .

مثاله : زوج وجدة وجدّ و بنت ، من اثني عشر وتعمل إلى ثلاثة عشر ، والتركة
أحد وثلاثون ديناراً ، فاضرب سهام الزوج ثلاثة في التركة يخرج ثلاثة وتسعون ، اقسماها
على المسألة ثلاثة عشر والتركة أحد وثلاثون ديناراً ، فاضرب سهام الزوج ثلاثة في التركة
تخرج ثلاثة وتسعون ، اقسماها على المسألة ثلاثة عشر يخرج لكل واحد سبعة ، بقي اثنان
لا يتقسمان بالأحاد فاضربهما في عدد القاريط يكنّ أربعين ، اقسماها على المسألة وهي
ثلاثة عشر يبقى واحد ايسطه أرزاً يكنّ اثني عشر ، انسبها إلى المسألة بالأجزاء فيكون
للزوج سبعة دنائير وثلاثة قاريط واثني عشر جزءاً من ثلاثة عشر جزءاً من أرزة ، وللجد
سهمان اضربهما في أحد ثلاثين يكنّ اثنين وستين ، اقسماها على المسألة تخرج أربعة يبقى عشرة .
اضربها في القاريط تكنّ مائتين ، اقسماها على المسألة تخرج خمسة عشر يبقى خمسة ، ايسطها حبات
تكنّ خمسة عشر ، اقسماها على المسألة يبقى حبتان ايسطهما أرزاً تكنّ ثمانية ، انسبها بالأجزاء فحصل
للجد أربعة دنائير وخمسة عشر قيراطاً وحبّة وثمانية أجزاء من ثلاثة عشر جزءاً من أرزة ،
وللمدة مثله ، وللبنت ضعف الزوج وهو أربعة عشر ديناراً وستة قاريط وأربعة عشر
جزءاً من ثلاثة عشر جزءاً من أرزة وجمعتها أحد وثلاثون ديناراً فصحت المسألة (وكذلك
يقسم بين أرباب الديون فيجعل مجموع الديون كتصحيح المسألة ، ويجعل كل دين
كسهم وارث) .

فصل

(ومن صالح من الغرماء أو الورثة على شيء من التركة فاطرحه كان لم يكن (١) ،
ثم اقسم الباقي (٢) على السهام الباقين) .

مثاله : زوج وأم وعم صالح الزوج عن نصيبه من التركة على مائتي ذمّة من المهر

- (١) قوله كان لم يكن ، لا يجوز جملة كان لم يكن ، بل يجعل كأنه استوفى نصيبه .
(٢) قوله ثم اقسم الباقي ، صوابه : اقسم سهامه .

فاطرحه كأنها ماتت عن أم وعم فاقسم التركة (١) بينهما للأُم الثلث والباقي للعم ، وقد سبق في الصلح بفروعه وتعليه بتوفيق الله تعالى .

المسائل الملقية

وقد تقدم أكثرها في أثناء الفصول ورقمت أسماءها على الحاشية (٧) ليسهل تناولها ، وهذه مسائل لم تذكر .

المشركة

زوج وأم واثنتان من ولد الأم وإخوة وأخوات من الأبوين ، للزوج النصف ، وللأم السدس ، ولأولاد الأم الثلث ويسقط الباقيون ، وكذا لو كان مكان الأم جدة ، هذا قول أبي بكر وعمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم وهو مذهب أصحابنا . وقال ابن مسعود وزيد بن ثابت رضي الله عنهما : العصة من ولد الأبوين يشاركون ولد الأم في الثلث ، وهو قول عمر رضي الله عنه آخرها فانه قضى أولا بمثل ملبتها فوقمت في العام القابل ، فأراد أن يقضى بمثل قضائه الأول ، فقال أحد الإخوة لأبوين : يا أمير المؤمنين هب أن أبانا كان حمارا ألسنا من أم واحدة فشارك بينهم وقال : ذلك على ما قضينا وهذا على ما نقضى .. سميت مشركة لأن عمر رضي الله عنه شارك بينهم وحاربه لقوله : هب أن أبانا كان حمارا ،

(١) قوله فاقسم التركة ، الصواب أن يقسم ما بقي على سهام من بقي ، فأصل المسألة من ستة ، للزوج النصف ثلاثة ، فلما صولح وخرج من بين أقسم سهامه وهي ثلاثة على سهام الأم والعم ، فللأم اثنتان والعم سهم ، لأن سهام الأم من الأصل اثنتان ، لأن فرضها ثلث الستة ، وسهم العم واحد لأنه عاصب يأخذ ما أبقى الفروض . فالحاصل أنك تطرح سهام الزوج من التصحيح ، وتقسم التركة أثلاثا : للأُم الثلثان ، والعم الثلث ، فكان الصواب للمؤلف أن يقول للأُم الثلثان والعم الثلث كما هو المنصوص في المذاهب من غير خلاف . فإنا نقول المؤلف مخالف للإجماع كما قاله سيد المحققين قدس سره في شرح السراجية ، وهو غلط مشهور من صاحب الاختيار ، وجل من لا ينسى ولا يفلط جل جلاله ، سبحانه لك لاعلم لنا إلا ما علمتنا .

(٢) قوله ورقمت أسماءها على الحاشية : المسائل الملقية التي تقدم ذكرها : هي مسألة اليتيمين ، ومسألة الإلزام ، ومسألة المباحلة ، ومسألة أم القروخ للشرعية ، ومسألة أم الأرمال ، والمسألة المنبرية ، وثلاثية ابن مسعود ، والمسألة الأكدرية ، وقد اكتفينا بذكرها في فهرس الكتاب ، فمن أراد واحدة منها فلينظر فيه اهـ .

ولو كان مكان الإخوة لأبوين إخوة لأب مسقطوا بالإجماع ولا تكون مشركة ، والصحيح
ملحبتنا لقوله عليه الصلاة والسلام « ألقوا القرائض بأهلها » فما أبت فلاولى عصبية ذكره
وأنه يقتضى تقديم أولاد الأم فن شرك بينهم فقد خالف النص "ولأنه يوافق الأصول ،
فان أولاد الأم أصحاب فرض بنص الكتاب ، وأولاد الأبوين عصبية بنص الكتاب . على
ما سبق ، والتشريك يناق ذلك .

الخرقاء

أم وجد وأخت ، سميت خرقاء لأن أقاويل الصحابة تحرقها . قال أبو بكر رضى الله
عنه : للأم الثلث والباقي للجد ، وقال زيد : للأم الثلث والباقي بين الجد والأخت اثلاثا ،
وقال علي : للأم الثلث وللأخت النصف والباقي للجد ، وعن ابن عباس روايتان : فى رواية
للأخت النصف والباقي بين الأم والجد نصفان ، وفى رواية وهو قول عمر رضى الله عنه :
للأخت النصف وللأم ثلث الباقي والباقي للجد ، وتسمى عناية لأن عناية انفرد فيها بقول
خرق الإجماع فقال : للأم الثلث والباقي بين الجد والأخت نصفان ، قالوا : وبه سميت
خرقاء ، أو تسمى مثله عناية ومربعة ابن مسعود وخمسة الشعي لأن الحاجاج سأله عنها
فقال : اختلف فيها خمسة من الصحابة ، وإذا أضيف إليهم قول الصديق كانت سلسلة .

المروانية

ست أخوات متفرقات وزوج ، للزوج النصف ، وللأختين لأبوين الثلثان ، وللأختين
لأم الثلث ، ومسقط أولاد الأب ، أصلها من ستة وتقول إلى تسعة ، سميت مروانية لوقوعها
فى زمن مروان بن الحكم ، وتسمى الفراء لاشتراكها بينهم .

الحزبة

ثلاث جدات متحاضيات وجد وثلاث أخوات متفرقات . قال أبو بكر وابن عباس
رضى الله عنهم : للجدات السدس والباقي للجد ، أصلها من ستة وتصح من ثمانية عشر .
وقال علي رضى الله عنه : للأخت من الأبوين النصف ، ومن الأب السدس تكلة للثلثين ،
والجدات السدس ، وللجد السدس ، وهو قول ابن مسعود . وعن ابن عباس رواية
شاذة : للجد أم الأم السدس والباقي للجد . وقال زيد : للجدات السدس والباقي بين
الجد والأخت لأبوين والأخت لأب على أربعة ، ثم ترد الأخت من الأب ما أخذت على
الأخت من الأبوين ، أصلها من ستة وتصح من اثنين وسبعين وتعود بالاختصار إلى ستة وثلاثين

للجدات ستة ، وللأخت من الأبوين نصيبها ، ونصيب أختها خمسة عشر ، وللجد خمسة عشر سميت حمزية لأن حمزة الزيات سئل عنها فأجاب بهقه الأجوبة .

الدينارية

زوجة جدة وبنتان واثنا عشر أخا وأخت واحدة لأب وأم ، والركة ستائة دينار ، للجددة السدس مائة دينار ، وللبنتين الثلثان أربع مائة دينار ، وللزوجة الثمن خمسة وسبعون دينارا ، يبقى خمسة وعشرون دينارا لكل أخ ديناران وللأخت دينار ، ولذلك سميت الدينارية ، وتسمى الداودية لأن داود الطائي سئل عنها فقسمها هكذا ، فجاءت الأخت إلى أبي حنيفة فقالت : إن أخى مات وترك ستائة دينار فما أعطيت إلا دينارا واحدا ، فقال : من قسم الركة ؟ قالت : تلميذك داود الطائي ، فقال : هو لا ينظلم هل ترك أخوك جدة ؟ قالت نعم ، قال : هل ترك بنتين ؟ قالت نعم ، قال : هل ترك زوجة ؟ قالت نعم . قال : هل معك اثنا عشر أخا ؟ قالت نعم ، قال : إذن حقك دينار . وهذه المسئلة من المعاياة ، فيقال : رجل خلف ستائة دينار وسبعة عشر وارثا ذكورا وإناثا فأصاب أحدهم دينار واحد .

الامتحان

أربع زوجات وخمس جدات وسبع بنات وتسع أخوات لأب ، أصلها من أربعة وعشرين للزوجات الثمن ثلاثة ، وللجدات السدس أربعة ، وللبنات الثلثان ستة عشر ، وللأخوات ما بقى مهم ، ولا موافقة بين السهام والرموس ولا بين الرموس والرموس ، فيحتاج إلى ضرب الرموس بعضها في بعض ، فأضرب أربعة في خمسة تكن عشرين ، ثم اضرب عشرين في سبعة تكن مائة وأربعين ، ثم اضرب مائة وأربعين في تسعة تكن ألفا ومائتين وستين فأضربها في أصل المسئلة أربعة وعشرين تكن ثلاثين ألفا ومائتين وأربعين منها تصح المسئلة . وجه الامتحان أن يقال : رجل خلف أصنافا عدد كل صنف أقل من عشرة ولا تصح مسأله إلا مما يزيد على ثلاثين ألفا .

المأموية

أبوان وبنتان ماتت إحدى البنتين وخلفت من خلفت ، سميت مأموية لأن المأمون أراد أن يولى قضاء البصرة أحدا فأحضر بين يديه يحيى بن أكثم فاستحقره ، فسأله عن هذه المسئلة ، فقال : يا أمير المؤمنين أخبرني عن الميت الأوّل ذكرًا كان أو أنثى ، فعلم المأمون

أنه يعلم المسألة فأعطاه العهد وولاه القضاء . والجواب فيها يختلف بكون الميت الأول ذكرا أو أنثى ، فإن كان ذكرا ، فالمسألة الأولى من ستة للبنتين الثلثان وللأبوين السلسان ، فإذا ماتت إحدى البنتين فقد خلفت أختا وجدا صحيحا أب أب وجدة صحيحة أم أم ، فالسلس للجدة ، والباقي للجد ، وسقطت الأخت على قول أبي بكر . وقال زيد : للجدة السلس ، والباقي بين الجد والأخت أثلاثا على ما عرف من الأصول وصحح المناصفة كما مر من الطريق ، وإن كان الميت الأول أنثى فقد ماتت البنت عن أخت وجدة صحيحة أم أم وجد فاسد أب أم ، فللجدة السلس وللأخت النصف ، والباقي رد عايمها ، وسقط الجد الفاسد بالإجماع .

مسائل من متشابه الفرائض

مما يسأل عنها ويمتنع بها القرضيون ذكرتها رباضة للخطار . قال محمد بن الحسن : جاء رجل إلى قوم يقتسمون ميراثا ، فقال : لا تنقسموا فإن لى امرأة غائبة ، فإن كانت حية ورثت هى ولم أرث أنا ، وإن كانت ميتة ورثت أنا ؛ فهذه امرأة ماتت وتركت أما وأختين لأبوين وأختا لأم وأخا لأب هو زوج أختها لأبها ، فلأختان الثلثان ، وللأم السلس ، وللأخت لأم السلس إن كانت حية ، ولا يبقى لزوجها شيء لأنه عصبه فانه أخ لأب ، وإن كانت ميتة فله الباقي وهو السلس لأنه عصبه . امرأة جاءت إلى قوم يقتسمون ميراثا فقالت : لا تنقسموا فانى حبل ، فإن ولدت غلاما ورث ، وإن ولدت جارية لم ترث . صورته : رجل مات وترك بنتين وعما وامرأة حبل من أخيه ، فإن ولدت غلاما فهو ابن أخيه وهو عصبه مقدم على العم فيرث ؛ وإن ولدت جارية فهي بنت أخ من ذوى الأرحام فلا ترث ؛ ولو قالت : إن ولدت غلاما لا يرث ، وإن ولدت جارية ورثت . صورته : امرأة ماتت عن زوج وأم وأختين لأم وحل من الأب ، إن ولدت جارية فهي أختها لأبها فيكون للأم السلس ، وللزوج النصف ، وللأخت لأب النصف ، وللأختين لأم الثلث ، أصلها من ستة تعول إلى تسعة ؛ وإن ولدت غلاما فلزوج النصف ، وللأم السلس ، ولأولاد الأم الثلث ، ولا شيء للغلام لأنه عصبه ؛ وإن قالت إن ولدت غلاما لا يرث هو ولا أنا ، وإن ولدت جارية ورثت أنا وهى ، فهذا رجل مات وله زوجة حامل هى أمة الغير ، قال لها مولأها : إن كان فى بطنك جارية فأنت حرة ، فإذا ولدت جارية تبين أنها حرة وابنتها حرة فترثان ، وإن ولدت غلاما فهي جارية وابنها عبد فلا يرثان ، ولو علق الحرية بكونه غلاما فالجواب على العكس ، وإن قالت : إن وضعت ذكرا أو أنثى لم يرث ، وإن وضعت

ذكرا وأنثى وراثا ، هذا رجل ترك أما وأختا لأبوين وامرأة أب جلي وجدنا ، فان ولدت
 ذكرا أو أنثى عاد الجسد ورد سهمه على الأخت لأبوين ، وإن ولدت ذكرا وأنثى ردت على
 الأخت إلى تمام النصف وبقي لهما نصف تسع وهي مختصرة زيد . وإن قالت : إن ولدت
 ابنا ورثت أنا وهو ثلث المال ، وإن ولدت بنتا لم ترث شيئا ، هذا رجل تزوج ابن ابنة
 بنت ابن ابن له آخر ، فولدت ابنا وصار الابن في درجة أمه ، ثم مات الرجل وخلف سوى
 هذين بنتين ، لهما الثلثان ، والباقي وهو الثلث بين الغلام وأمه للذكر مثل حظ الأنثيين ،
 ولو ولدت بنتا سقط لاستكمال البنات الثلثين وعدم المعصب لهما . ولو قالت : إن ولدت
 ابنا لم يرث شيئا ، وإن ولدت بنتا فلها النصف ولي الثمن والباقي للعصبة ، هذا رجل خلف
 عصبة وعبدان لأماله له غيرها فأعقبتها العصبة ، فشهدا بعد المتى لامرأة أنها زوجة الميت
 حامل منه ، فان ولدت غلاما لم يرثا لأنه لو وراثا سقط العصبة فيقبل عتقهما وبطلت شهادتهما
 فلا تثبت الزوجية والنسب فتورثهما يؤدي إلى إبطاله ؛ وإن ولدت أنثى فلها الثمن والبنات
 النصف والباقي للعصبة ، ونفذ عتق العبدان لأن للعصبة فيهما نصيبا ، فان كان موسرا يضمن
 نصيبهما ومحت شهادتهما وثبت التكاح والنسب . وإن كان معسرا سعى العبدان والمستعني
 كالحرم المديون ، وهذا كله على قول أبي يوسف وعمر . رجل خلف خالا وعمما ، ورثه
 خاله دون عمه ، هذا رجل تزوج أخوه لأبيه أم أمه فجاءت بآبن فهو خاله وآبن أخيه وهو
 أقرب من العم ، ويقال : رجل خاله ابن أخيه . ويقال : رجل هو خال عمه ، ويقال :
 عم خاله . رجل خلف زوجته وأخا لها الثمن والباقي لأختها ، هذا رجل تزوج ابنة عمته
 فأولدها ابنا فهو أخو زوجته وآبن ابنة . رجل هو خال رجل وعمه ، هذا رجل تزوج
 أب أبيه أم أمه فولدت ابنا فهو خاله وعمه . رجلان كل واحد منهما عم للآخر .
 صورته : رجلان تزوج كل واحد منهما أم الآخر فولدتا آبين فكل ابن عم الآخر .
 وصورة أخرى : رجل تزوج أخوه لأمه أم أبيه فولدت ابنا فالمولود عم الرجل والرجل
 عمه . رجلان كل واحد منهما خال الآخر . صورته : رجلان تزوج كل واحد منهما بنت
 صاحبه فولدت ابنا فالابن كل واحد منهما خال الآخر ؛ أو يقال : هو رجل تزوج
 أبواؤه بأخته لأبيه فولدت ابنا ، فالمولود خال الرجل والرجل خاله . رجلان أحدهما خال
 الآخر والآخر عمه . صورته : رجل تزوج امرأة وتزوج ابنة أمها فولدتا آبين ، فآبن الأب
 عم آبن الابن ، وآبن الابن خال آبن الأب . رجل خلف مالا وورثه فهم رجل واحد ،
 فان كان آبن الميت فله ألقا درهم ، وإن كان آبن عمه فله عشرون ألفا ، هذا رجل ترك
 ستين ألف درهم وترك ثمانية وخمسين بنتا ، فان كان الرجل ابنا قامهم فنصيبه ألفان ،
 وإن كان آبن عم فلهم الثلثان وله الباقي وهو عشرون ألفا . رجل باع أباه فدمهر
 أمه ، هذه حرة تزوجت عبدا فأولدها ابنا ، ثم طلقها فتزوجت سيده على مهر فطالته

وقد أفلس ، فقصى لها بالعبد ، فولدت ابناً منه يبيعه وقبض مهرها من ثمنه . رجل خلف ست وراك وتسعين ديناراً فأصاب أحدهم دينار واحد ، هذا رجل خلف أما وجدنا وأختنا لأب وأم وأخوين وأختنا لأب فسألته تصح من تسعين ، ومنهم الأخت من الأب دينار واحد . مريض قال لرجل : يرثني زوجتك وجدناك وعمتك وخالتك وأختك ، هذا المريض تزوج جدتي الرجل فولدت كل واحدة بنتين فهما خالته وعمته وقد كان الرجل تزوج جدتي المريض وتزوج أب المريض أم الصحيح فأولدها بنتين فهما أختا المريض لأبيه وأختا الآخر لأمه ، فإذا مات المريض بعد أبيه فقد خلف زوجتين هما جدتا الحاطب وأربع بنات هن خالته وعمته وجدتين هما زوجاته وأختين لأب هما أختاه لأمه . امرأة تزوجت أربعة ورثت من كل واحد نصف ماله ، هذه امرأة ورثت هي وأخوها أربعة أعيد فأعتقهم ، ثم تزوجهم على التعاقب وماتوا ، فلها من كل واحد الربع بالنكاح والربع بالولاء وذلك نصف ماله . امرأة وابنها اقتسموا مال ميت نصفين بنير ولأه ، هذا رجل تزوج بنته ابن أخيه فولدت منه ابناً ، ثم مات هذا الرجل بعد موت ابن أخيه فقد ترك بنته فلها النصف ، وترك ابناً وهو ابن ابن أخيه فيأخذ الباقي بالتعصيب وهو النصف ، ثلاثة إخوة لأم أحدهما ابن عم ، فلهم ثلث المال بالأخوة لكل واحد تسعة ، والباقي وهو ستة أسباع لابن العم ، فبقى معه سبعة أسباع ، رجل خلف ثمانية بنين ومالا ، وقال : يأخذ الأكبر عشرة دنائير وتسع ما بقى ، والثاني عشرين ديناراً وتسع ما بقى ، والثالث ثلاثين ديناراً وتسع ما بقى ، والرابع أربعين ديناراً وتسع ما بقى ، والخامس خمسين ديناراً وتسع ما بقى ، والسادس ستين ديناراً وتسع ما بقى ، والسابع سبعين ديناراً وتسع ما بقى ، والثامن الباقي ففعلوا ذلك ، فكان المال بينهم على السواء : الجواب كان المال ستمائة وأربعين ديناراً ، فإذا أخذ الأكبر عشرة دنائير تبقى ستمائة وثلاثون ديناراً تسعها سبعون يأخذها ببقى معه ثمانون وهو ثمن المال يبقى خمسمائة وستون ، فإذا أخذ الثاني عشرين ديناراً وتسع الباقي ستين صار معه ثمانون وهو ثمن الجميع يبقى أربعمائة وثمانون ، فإذا أخذ الثالث ثلاثين وتسع الباقي خمسين صار معه ثمانون أيضاً يبقى أربعمائة ، فإذا أخذ الرابع أربعين وتسع الباقي أربعين يصير معه ثمانون أيضاً يبقى ثلاثمائة وعشرون ، فإذا أخذ الخامس خمسين وتسع الباقي ثلاثين يبقى مائتان وأربعون ، فإذا أخذ السادس ستين وتسع الباقي عشرين يبقى مائة وستون ، فإذا أخذ السابع سبعين وتسع الباقي عشرة يبقى ثمانون يأخذها الثامن فقد حصل لكل واحد منهم ثمانون ، والله أعلم وأحكم بالصواب .

فهرس

الجزء الخامس من الاختيار لتعليل المختار

صفحة	محتوى	صفحة	محتوى
٧٣	فصل من أوصى بثلث ماله لرجل	٣	كتاب الصيد
	ولآخر بسدسه فالثلث بينهما أثلاثا	٩	كتاب الذبائح
٧٧	فصل في حكم من أوصى بلخيرانه	١٣	فصل فيما لايجزأ أكله
	أو أصهاره أو أختانه أو أهله	١٦	كتاب الأضحية
٨٣	مسائل مشورة	٢٢	كتاب الجنائيات
٨٤	كتاب الفرائض	٢٦	فصل يقتل الحر بالحر وبالعبد
٨٦	أسباب الميراث . وبيان المستحقين	٣٠	فصل لايجزأ القصاص في الأطراف
	للركة		إلا بين مستوى الدية
	فصل في ذوى السهام المقدرة	٣٥	كتاب الدييات
٩١	فصل فيمن اجتمع فيه جهتا إرث	٣٧	فصل فيما تجب فيه الدية
٩٢	فصل في السهام المفروضة في كتاب	٤١	فصل في الشجاج وما يجب في كل
	الله تعالى		نهما
	فصل في العصابات وأنواعهم	٤٤	فصل في حكم من ضرب بطن امرأة
	وأحكامهم		فألفت جنينا ميتا
٩٤	فصل في الخجب ، وأنواعه ،	٤٥	فصل في حكم من أخرج إلى طريق
	وحكم كل نوع		العامة روشنا أو مزابا ونحو ذلك
٩٦	فصل في العول ، وكيفيته	٥٠	فصل في حكم جنابة العبد ومن
٩٩	فصل في الرد على النوارثين		في حكمه
١٠١	فصل في مقاسمة الجدة الاخوة	٥٣	باب القسامة ، وما يتعلق بها من
١٠٣	فصل في مقاسمة الجدات		الأحكام
١٠٥	فصل في ذوى الأرخام . وأنواعهم	٥٨	باب المعاقل
	وحكم كل نوع	٦٢	كتاب الوصايا
١١٠	فصل في الولاء	٧٠	فصل فيما يجوز الوصية به

مصحفة	مصحفة
١٢٤ فصل في قسمة التركات	١١٢ فصل في حكم الفرق والمهدي ومن
١٢٦ فصل في التخارج	في حكمهم إذا لم يعلم أيهم مات
١٢٧ فصل في المسائل الملقبات	أولا
المشركة	١١٣ فصل في توريث المجهوسى
١٢٨ الخرقاء	فصل في توريث الحمل
المروانية	١١٤ فصل في المفقود
الحمزية	١١٥ فصل في الخنثى وتوريثه
١٢٩ الدينارية	فصل في موانع الإرث
الامتحان	١١٧ فصل في المناصحات
المأموية	١١٩ فصل في حساب الفرائض
١٣٠ مسائل من متشابه الفرائض	١٢٢ فصل في معرفة التوافق والتماثل
	والتداخل والتباين

